ОБЪ
ОСНОВАНІИ ЗАЩИТЫ ВЛАДѢНІЯ

ПЕРЕСМОТРЪ УЧЕНІЯ О ВЛАДѢНІИ

Сочиненіе
д-ра Рудольфа фонъ-Іеринга

Переводъ съ нѣмецкаго втораго исправленнаго и дополненнаго изданія

МОСКВА
Типографія А. И. Мамонтова и К°, Леонтьевскій пер., № 5
1883

ОБЪ
ОСНОВАНІИ ЗАЩИТЫ ВЛАДѢНІЯ

ПЕРЕСМОТРЪ УЧЕНІЯ О ВЛАДѢНІИ

Сочиненіе

д-ра Рудольфа фонъ-Іеринга

Переводъ съ нѣмецкаго втораго исправленнаго и дополненнаго изданія

МОСКВА
Типографія А. И. Мамонтова и К°, Леонтьевскій пер., № 5
1883

Дозволено цензурою, Москва 12 іюля 1883 года.

Оглавленіе.

Изъ всѣхъ монографій по римскому праву ни одна не вызвала, съ одной стороны, столько восторженныхъ похвалъ, съ другой — столько возраженій, какъ монографія Савиньи о владѣніи—и то, и другое, какъ я думаю, одинаково справедливо. Монографіей Савиньи былъ впервые возстановленъ въ нашей гражданской догмѣ духъ римской юриспруденціи — въ этомъ ея неувядаемая и неприкосновенная слава, и велико-ли, мало-ли значеніе добытыхъ ею положительныхъ результатовъ, упомянутая заслуга не потерпитъ оттого ни малѣйшаго ущерба. Но и самое полное признаніе этой заслуги не должно и не можетъ удержать нашу науку отъ новой повѣрки взглядовъ Савиньи. Опытъ доказалъ и доказываетъ на каждомъ шагу, что критика не остановится даже передъ тѣмъ проклятіемъ, которымъ Пухта, въ минуту досады на докучливый и неустанно ростущій потокъ литературы по владѣнію, пригрозилъ всякому новому выраженію недовѣрія. На самомъ дѣлѣ, сочиненіе Савиньи смѣлѣе, чѣмъ какое-либо другое, бросаетъ вызовъ критикѣ не только въ частностяхъ, но и въ своихъ основныхъ положеніяхъ и взглядахъ, и если бы наша наука удовольствовалась неразъясненными загадками, созданными Савиньи въ области владѣнія, то это былъ бы, на мой взглядъ, признакъ агоніи научнаго смысла и сужденія, признакъ ихъ старческаго безсилія.

Я сталъ въ оппозицію къ теоріи Савиньи по существеннымъ вопросамъ съ той самой минуты, какъ осмѣлился приписывать себѣ самостоятельное ученое мнѣніе, но считалъ долгомъ, не спѣша высказывать свой взглядъ публично, подвергнуть его новой предварительной повѣркѣ. Повѣрка про-

изводилась мною въ широкихъ размѣрахъ и хотя я мало склоненъ видѣть въ этомъ объективную гарантію истины, думаю однако, что лично я ничего не пропустилъ для достиженія послѣдней.

Недовѣріе къ ученію Савиньи зародилось во мнѣ впервые по поводу теоретическаго вопроса объ animus domini, и еще въ 1846 году я изложилъ въ своихъ лекціяхъ въ сущности тотъ же взглядъ, который я разовью въ III отдѣлѣ настоящаго сочиненія. Къ этому присоединялись одинъ за другимъ прочіе спорные пункты, какъ-то: ученіе о constitutum possessorium, вопросъ объ основаніи защиты владѣнія и вопросъ объ юридической природѣ послѣдняго. Они-то и составятъ содержаніе слѣдующихъ работъ, слѣдуя въ такомъ порядкѣ:

I. Основаніе защиты владѣнія.
II. Юридическая природа владѣнія.
III. Animus domini.
IV. Constitutum possessorium *).



*) Эта книга содержитъ въ себѣ лишь первую работу: „Основаніе защиты владѣнія“; остальныя три не появились до сихъ поръ въ оригиналѣ. *Перев.*

I.

Общій обзоръ.

Почему владѣніе защищается? Никто не ставитъ такого вопроса относительно собственности; почему же возбуждаютъ его относительно владѣнія? Потому, что защита владѣнія, на первый же взглядъ, заключаетъ въ себѣ нѣчто странное и противорѣчивое. Вѣдь защищать владѣніе значитъ въ то же время защищать воровъ и разбойниковъ; какъ же законъ, осуждая разбой и воровство, можетъ признавать за виновными добро, добытое такимъ путемъ, и защищать его за ними? Не значитъ-ли это признавать справедливымъ и поддерживать то, что̀, съ другой точки зрѣнія, осуждается и преслѣдуется?

Если учрежденіе живетъ цѣлыя столѣтія, то безпристрастный умъ не можетъ не придти къ убѣжденію, что оно покоится на твердыхъ основахъ, и, въ самомъ дѣлѣ, необходимость самой защиты владѣнія никогда не подвергалась серьезному сомнѣнію. Но во взглядахъ на ея основаніе еще далеко до единодушнаго согласія. Нѣкоторые писатели, особенно прежніе, обходятъ вопросъ полнымъ молчаніемъ; они, какъ это водится часто, удовлетворяются ссылкой на существующій фактъ. Но если фактъ когда-нибудь нуждался въ объясненіи — такъ именно въ данномъ случаѣ. Савиньи понялъ это и не замедлилъ дать отвѣтъ, котораго не удержалъ однако отъ паденія и тотъ восторженный пріемъ, что̀ привѣтствовалъ его на первыхъ порахъ. Затѣмъ потянулись, въ послѣднее время, одна за другой попытки рѣшить вопросъ иными способами, число которыхъ я, въ дальнѣйшемъ изложеніи, попытаюсь увеличить еще однимъ.

Вопросъ любопытенъ не одной своей философско-правовой или законодательно-политической стороной, какъ можно бы подумать на первый взглядъ; онъ обладаетъ высокой догматической важностью, и я надѣюсь доказать, что отъ правильнаго рѣшенія его зависитъ не только правильное пониманіе римскаго ученія о владѣніи въ его цѣломъ, но и рядъ значительныхъ практическихъ результатовъ.

Отвѣты, данные на нашъ вопросъ, ни разу не были собраны въ общій обзоръ и не были подвергнуты точной критикѣ [1]), что̀ и заставляетъ меня взяться здѣсь за эту работу. Я попытался разбить всѣ теоріи владѣнія, подобно теоріямъ уголовнаго права, на двѣ группы—на теоріи безусловныя (абсолютныя) и относительныя (релятивныя).

Относительныя теоріи владѣнія ищутъ основаній для его защиты не въ немъ самомъ, а въ соображеніяхъ, учрежденіяхъ и юридическихъ правилахъ, стоящихъ внѣ его. Владѣніе защищается не ради самого себя, а ради чего-то другаго, которое иначе не достигло бы своего полнаго правоваго содержанія: само по себѣ владѣніе непонятно.

Безусловныя теоріи, наоборотъ, стремятся объяснить владѣніе изъ него самого. Владѣніе не обязано своей защитой и значеніемъ какимъ-либо постороннимъ идеямъ и соображеніямъ, а носитъ въ себѣ самомъ право на юридическое признаніе и законъ не можетъ ему отказать въ этомъ. Такъ, одна изъ такихъ теорій видитъ юридическое основаніе владѣнія въ волѣ. Владѣніе есть воля сама въ себѣ, простой фактъ человѣческой воли, осуществляющейся по отношенію къ вещи; но каждое право должно признать и уважать этотъ фактъ независимо отъ его пользы или вреда; первое право воли—требовать для себя признанія, какъ со стороны законодателя in abstracto, такъ и со стороны судьи in concreto всякій разъ, какъ зайдетъ вопросъ о владѣніи. Короче, владѣлецъ имѣетъ такое же право претендовать на признаніе и защиту, какъ и собственникъ. Этой необходимости владѣльческой защиты, покоящейся на этическомъ моментѣ воли, другая теорія противопоставляетъ экономическую необходимость владѣнія. Владѣніе экономически такъ-же необ-

---

[1]) *Ранда* представляетъ исключеніе, достойное вниманія; см. его Besitz nach österreichischem Rechte, Leipzig, 1865, § 8.

ходимо, какъ и собственность,—они не что иное, какъ двѣ правовыя формы, въ которыхъ находитъ свое осуществленіе экономическое назначеніе вещей.

Съ изложенной точки зрѣнія я сгруппирую отдѣльные взгляды, причемъ не скрою, что не удастся сдѣлать это съ такой же точностью, какъ если бы дѣло шло о теоріяхъ уголовнаго права.

Кромѣ того противоположность двухъ главныхъ точекъ зрѣнія такъ мало еще сознана, что у иныхъ писателей слышатся отголоски воззрѣній обоего рода точекъ [2]). Быть можетъ, моя попытка прольетъ свѣтъ по крайней мѣрѣ на эту сторону вопроса.

1. Относительныя теоріи.

Защита владѣнія имѣетъ свое основаніе не въ самомъ владѣніи, а

1) въ запрещеніи насилія, причемъ

a) Савиньи оттѣняетъ гражданско-правовое отношеніе владѣнія къ *владѣльцу* (нарушеніе владѣнія есть гражданское преступленіе (деликтъ) противъ владѣльца);

b) Рудорфъ напротивъ оттѣняетъ публично-правовой характеръ владѣнія (нарушеніе владѣнія есть посягательство на весь правовой порядокъ);

2) въ томъ высшемъ юридическомъ принципѣ, что „не можетъ юридически побѣдить другаго тотъ, кто не имѣетъ за себя болѣе вѣскихъ основаній сильнѣйшаго права" (Тибо);

3) въ правѣ на безупречность, въ силу котораго необходимо принять впредь до доказательства противнаго, что владѣлецъ, который можетъ имѣть право на владѣніе, имѣетъ его на самомъ дѣлѣ (Рёдеръ);

4) въ собственности; владѣніе защищается:

a) какъ вѣроятная (также возможная) собственность (наиболѣе старое мнѣніе),

b) какъ собственность начинающаяся (Гансъ),

c) въ видахъ необходимаго довершенія защиты собственности (мой взглядъ).

---

[2]) *Пухта*, Vermischte Schriften, стр. 265. *Тренделенбургъ*, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, 2-ое изд., Лейпцигъ, 1868, § 95. Гансъ, см. ниже примѣч. 35.

2. Безусловныя (абсолютныя) теоріи.

Владѣніе защищается ради самого себя, ибо

1) оно есть воля въ ея фактическомъ осуществленіи (Гансъ, Пухта, Брунсъ);

2) оно „преслѣдуетъ, подобно собственности, общія цѣли имущественнаго обладанія, именно служитъ для удовлетворенія человѣческихъ потребностей, открывая людямъ возможность свободнаго воздѣйствія на вещи.... цѣль владѣнія — сохранять фактическое состояніе вещей" (Сталь).

II.

Запрещеніе насилія, какъ основаніе защиты владѣнія.

Взглядъ Савиньи такъ извѣстенъ, что я не знаю, не будетъ-ли лишнимъ приводить его собственныя слова. „Такъ какъ владѣніе не есть право, то и нарушеніе его не есть правонарушеніе и можетъ сдѣлаться таковымъ лишь тогда, когда наряду и одновременно съ владѣніемъ будетъ нарушено какое-либо право. Въ томъ случаѣ, когда нарушеніе владѣнія производится насильственно, въ самомъ нарушеніи заключается противозаконіе, ибо всякое насиліе противозаконно; противъ этого-то насилія и направленъ интердиктъ.... Интердикты предполагаютъ дѣйствіе, которое по самой формѣ своей незаконно.... Владѣлецъ имѣетъ право требовать, чтобы никто не причинялъ ему вообще никакого насилія" [3]). „Въ приведенномъ случаѣ не нарушается какое-либо самостоятельное право, стоящее внѣ личности; но въ состояніи послѣдней производится нѣкоторая перемѣна, для нея невыгодная, и если несправедливость, заключающаяся въ насиліи противъ личности, должна быть исправлена

---

[3]) *Савиньи*, Recht des Besitzes, § 5, изд. 7 (Рудорфа). Вѣна. 1865, стр. 30—32.

вполнѣ и во всѣхъ своихъ послѣдствіяхъ, то это можетъ произойти лишь путемъ возстановленія или охраны того фактическаго состоянія, котораго коснулось насиліе [4])".

Взглядъ Рудорфа [5]) не многимъ уклоняется отъ мнѣнія Савиньи. Между тѣмъ какъ послѣдній право на защиту отъ насилія полагаетъ въ личности владѣльца или, говоря его словами (стр. 63), придаетъ главное значеніе „принципамъ частно-правовымъ, какъ основѣ права владѣнія", Рудорфъ оттѣняетъ „публичный характеръ насилія, какъ нарушенія общественнаго порядка", связывая такимъ образомъ защиту владѣнія съ запретомъ самоуправства. Ясно, что и этотъ послѣдній взглядъ сводится къ частному праву владѣльца на защиту, чему лучшій доводъ даетъ Decretum Divi Marci. Въ то же время онъ оказывается слишкомъ узкимъ, ибо нарушеніе или захватъ владѣнія силой могутъ служить не для однихъ цѣлей самоуправства, не говоря уже о двухъ другихъ случаяхъ неправомѣрнаго захвата (clam, precario). Въ виду выраженнаго съ разныхъ сторонъ недовѣрія къ этой модификаціи взгляда Савиньи [6]), авторъ, повидимому, молча взялъ ее назадъ [7]), такъ что въ дальнѣйшемъ изложеніи мы можемъ ограничиться исключительно разборомъ мнѣнія Савиньи.

Заманчивымъ на первый взглядъ покажется оно.... тому, кто не знаетъ или упуститъ изъ-виду ту форму, которую дало владѣнію римское право. Въ трактатѣ по естественному праву взглядъ Савиньи былъ бы вполнѣ умѣстенъ [8]), но въ высшей степени странно встрѣтить его въ сочиненіи, авторъ котораго задался цѣлью изложить римскую теорію владѣнія. Съ этой послѣдней онъ не мирится ни коимъ образомъ и противорѣчитъ ей на каждомъ шагу; попытка

---

[4]) Тамъ же § 6, прибав., изд. 7, стр. 56.

[5]) Zeitschr. f. gesch. R.-W. VII. стр. 90, сл.

[6]) *Савиньи*, ук. соч., стр. 62—64.

[7]) Тамъ же въ прибавленіи, стр. 575.

[8]) Но и тутъ пришлось бы еще доказать, какъ требуетъ *Ранда* въ ук. соч., что насильственный захватъ владѣнія самъ по себѣ противозаконенъ. „Само по себѣ, справедливо замѣчаетъ онъ, насиліе можетъ считаться лишь на столько противозаконнымъ, на сколько нарушено право. Тамъ-же, гдѣ не нарушается право, а производится лишь перемѣна въ фактическомъ состояніи, ни объ устраненіи насилія, какъ правонарушенія, ни объ его послѣдствіяхъ не можетъ быть и рѣчи". Я возвращусь къ этому ниже (IV).

осуществить его въ законодательствѣ создала бы такое право владѣнія, которое съ римскимъ не имѣло бы даже самаго отдаленнаго сходства. Я докажу это разборомъ основныхъ пунктовъ римскаго права владѣнія.

1. Беззащитность detentio alieno nomine.

Если владѣльческіе интердикты покоятся на идеѣ правонарушенія, направленнаго противъ личности, то остается непонятнымъ, какъ можно отказать въ нихъ тому, кто владѣетъ отъ чужаго имени? Чтò имѣетъ общаго преступленіе противъ личности съ формой, въ которой владѣетъ эта послѣдняя? Неужели изгнаніемъ простаго арендатора правовой порядокъ нарушается меньше, чѣмъ такимъ же поступкомъ относительно наслѣдственнаго? Насиліе остается насиліемъ, кого бы оно ни постигло. Если поступокъ самъ по себѣ, независимо отъ тѣхъ или другихъ юридическихъ свойствъ потерпѣвшаго лица, долженъ заключать преступленіе, то онъ не можетъ разъ быть преступленіемъ, другой разъ не быть имъ, смотря по стеченію обстоятельствъ, отъ которыхъ онъ не зависитъ.

Послушаемъ, чтò возражаетъ на это Савиньи. „Мы можемъ (стр. 59) представить себѣ держателя или въ согласіи съ настоящимъ владѣльцемъ, или въ разногласіи съ нимъ. Въ первомъ случаѣ держатель не нуждается въ интердиктахъ, ибо его достаточно защищаютъ интердикты владѣльца; во второмъ случаѣ, если бы онъ захотѣлъ воспользоваться ими, вопреки волѣ владѣльца, противъ него самого или противъ третьяго лица, — онъ не могъ бы этого сдѣлать, ибо тѣмъ самымъ нарушилъ бы договорное отношеніе, которому онъ обязанъ своимъ держаніемъ и которое исчерпываетъ собою всѣ его права“. Можетъ-ли убѣдить кого это разсужденіе? Сомнѣваюсь [9]). Савиньи упустилъ при этомъ изъ виду свое собственное мнѣніе о владѣльческихъ интердиктахъ. Вѣдь они служатъ для защиты личности отъ оскорбленія, причемъ самое владѣніе играетъ лишь подчиненную роль и сводится на степень простаго фактическаго элемента обстановки; почему же держатель, нуждаясь въ защитѣ отъ лично ему нанесенной обиды, долженъ зависѣть отъ своего хозяина-

[9]) См. въ томъ же смыслѣ *Ранда*, ук. соч., прим. 3.

владѣльца? „Защищенъ-ли держатель достаточно" интердиктами послѣдняго въ случаѣ согласія съ нимъ, „нуждается-ли онъ въ нихъ или нѣтъ" [10])—совершенно безразлично, разъ нарушеніе владѣнія направлено не на владѣніе, а на лицо. Защита отъ неправомѣрнаго нарушенія не есть фактъ цѣлесообразности или необходимости, а простое слѣдствіе. Защищается оскорбленная личность. Если оскорблены и владѣлецъ, и держатель, то оба должны быть защищены, если одинъ, то—одинъ; во всѣхъ однако случаяхъ держатель долженъ бы найти защиту, ибо онъ, а не кто-либо другой, прямо и непосредственно терпитъ насиліе. Для interd. quod vi aut clam такъ именно и принято: если opus vi aut clam factum нарушаетъ интересы и арендатора и хозяина—обоимъ дается интердиктъ [11]). Если теперь вспомнимъ, что этотъ послѣдній покоится на идеѣ деликта [12]), то станетъ ясно, какъ поступили бы римскіе юристы, еслибы съ той же точки зрѣнія они смотрѣли на владѣльческіе интердикты.

Если держатели не нуждаются въ самостоятельныхъ средствахъ защиты, то зачѣмъ, вопреки этому, даруетъ имъ римское право actio furti и vi bonorum raptorum [13])? На томъ же основаніи, на какомъ оно, по взгляду Савиньи, отказываетъ имъ во владѣльческихъ интердиктахъ, должно бы оно отказать и въ этихъ искахъ. Если же оно не дѣлаетъ этого, то значитъ, что отъ римскаго юриста не укрылось ни непосредственное дѣйствіе этихъ преступленій на держателя, ни настоятельная потребность надѣлить его непосредственной защитой. И не къ одному личному оскорбленію сводится дѣло въ упомянутыхъ двухъ искахъ и въ int. quod vi aut clam; въ нихъ находитъ свое выраженіе реальный имущественно-правовой интересъ, основанный на стойкости арендной сдѣлки. Praeterea, говорится въ цитированной l. 14 § 2 de furt., habent furti actionem coloni, quamvis domini

---

[10]) Утвержденіе Савиньи, что держатель не нуждается, по справедливому замѣчанію Ранды, не всегда вѣрно, напр., въ случаѣ отсутствія владѣльца.

[11]) l. 12 quod vi (43.24).

[12]) l. 3 pr. ibid. facto tuo delinquentis l. 1 § 2 injuriam comminisci. Потому онъ дается даже filio familias l. 9 de O. et A. (44.7)... injuriarum et quod vi aut clam, l. 13 § 2 quod vi.

[13]) l. 14 § 2, l. 85 de furt. (47.2), l. 2 § 22 Vi bon. (47.8).

non sint, quia interest eorum, a въ l. 2 § 22. Vi bon. вещь, отданная въ ссуду, въ наймы или аренду, причисляется къ нашему имуществу въ томъ смыслѣ, что, не будучи „in bonis", она все же считается „ex bonis", т.-е. „ut ex substantia mea res ablata esse proponatur.... ut intersit mea eam non auferri". Такъ, арендаторъ путемъ interd. de migrando охраняетъ отъ неправомѣрнаго задержанія даже тѣ изъ ввезенныхъ вещей, которыя были у него въ ссудѣ, арендѣ или на храненіи; на нихъ распространяется и hereditatis petitio [13a]).

Когда владѣлецъ и держатель находятся въ разногласіи, то послѣдній, говоритъ Савиньи, не можетъ искать путемъ интердиктовъ, такъ какъ онъ нарушилъ бы тѣмъ самымъ свое договорное отношеніе — основу своей детенціи. Если даже принять, что интердиктальный искъ со стороны держателя заключаетъ въ себѣ правонарушеніе относительно владѣльца, то не безразлично-ли это относительно посторонняго нарушителя? Этотъ послѣдній долженъ нести отвѣтственность за свой собственный поступокъ, не извлекая для себя права изъ договорнаго отношенія между держателемъ и владѣльцемъ. Если бы могло быть иначе, то именно въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ изгнанъ арендаторомъ, такъ какъ здѣсь на лицо несомнѣнное, очевидное нарушеніе договора.... между тѣмъ право безо всякихъ затрудненій надѣляетъ интердиктами арендатора, захватившаго владѣніе [14]), а ссылку третьяго лица на договорное отношеніе между арендаторомъ и владѣльцемъ оставляетъ безъ послѣдствій.

Однимъ словомъ, попытка Савиньи отразить тѣ возраженія противъ его теоріи, которыя можно почерпнуть изъ беззащитности держателя, оказывается вполнѣ неудачной. Жестоко иной разъ судьба смѣется надъ учеными! И у самого Савиньи, несмотря на весь его геній, не мало можно найти этому примѣровъ: онъ, возстановитель римской теоріи владѣнія, строитъ свое объясненіе на мысли, которая стоитъ къ этой теоріи въ непримиримомъ противорѣчіи; онъ же является ярымъ противникомъ тѣхъ новыхъ исковыхъ

[13a]) l. 2 de migr. (43.32), l. 19 pr. de her. pet. (5.3).

[14]) l. 12 de vi (43.16).

формъ въ области владѣнія, которыми исторически осуществляется его же собственная идея—онъ противъ summarissimum и actio spolii! Кто видитъ въ нарушеніи и захватѣ владѣнія преступленіе противъ личности, тотъ долженъ бы съ радостью, какъ выраженіе собственной мысли, привѣтствовать оба эти законныя средства защиты, вручаемыя каждому владѣльцу независимо отъ качества его владѣнія,—между тѣмъ Савиньи смотритъ на нихъ, какъ на научное заблужденіе, какъ на уродовъ!—Кто такъ смотритъ на дѣло и ратуетъ за неприкосновенную чистоту римскаго права, тотъ долженъ бы больше всего бороться противъ мысли, что средства владѣльческой защиты сводятся къ защитѣ личности,—между тѣмъ Савиньи не только самъ впервые высказалъ эту мысль, но и крѣпко держался ея цѣлые полвѣка!

2. Беззащитность владѣнія по отношенію къ вещамъ, изъятымъ изъ оборота и лицамъ неправоспособнымъ.

а) Вещи. Относительно res extra commercium не можетъ быть и рѣчи ни о владѣніи, ни о владѣльческой защитѣ. Почему нѣтъ? Ниже я надѣюсь удовлетворительно отвѣтить на этотъ вопросъ съ моей точки зрѣнія: на самомъ дѣлѣ, такія вещи не могутъ быть объектами собственности, а такъ какъ владѣніе есть не что иное, какъ видимость собственности, то оно должно прекращаться тамъ, гдѣ немыслима послѣдняя. Съ точки же зрѣнія Савиньи этотъ фактъ не поддается объясненію. Дѣйствительно, если нарушеніе владѣнія получаетъ юридическую важность только потому, что въ немъ кроется преступленіе противъ личности, то какую роль могутъ играть здѣсь качества вещи? Не все-ли равно, будетъ-ли она движимая или недвижимая, будетъ-ли изъята изъ владѣнія или нѣтъ? Все это такъ же безразлично, какъ вопросъ о томъ, совершено-ли убійство у дома или у забора, подъ букомъ или дубомъ. Еслибы мысль Савиньи была справедлива, то и ко владѣнію было бы приложимо то правило, которое выставлено въ l. 13 § 7 de inj. (47.10) для actio injuriarum и не придаетъ никакого значенія отдѣльнымъ юридическимъ свойствамъ вещи. Воспрепятствуетъ-ли мнѣ кто пользоваться моей собственной вещью, или res publica (in

publicum lavare aut in cavea publica sedere, etc)—или res communis omnium (in mari piscari)—во всѣхъ этихъ случаяхъ, безъ различія, имѣетъ мѣсто actio injuriarum. Нельзя говорить, что владѣлецъ вещи extra commercium не заинтересованъ въ ней или совершаетъ преступленіе, владѣя ею, ибо то же можно сказать о ворѣ и разбойникѣ [15]),– между тѣмъ оба они имѣютъ право на владѣльческіе интердикты. Далѣе, если это и справедливо относительно res sacrae и res publicae, то невѣрно относительно всѣхъ res extra commercium въ совокупности. Такъ, res religiosa стоитъ къ тому, кому она принадлежитъ („ad quem pertinet"), въ отношеніи, совершенно аналогичномъ праву собственности; онъ одинъ въ правѣ пользоваться ею сообразно съ ея назначеніемъ; онъ, подобно владѣльцу, имѣетъ право исключать всякое чуждое воздѣйствіе,—однимъ словомъ, за нимъ юридически признанъ и защищенъ интересъ отношенія [16]). Если это отношеніе нарушается насильно,—налицо всѣ условія, способныя обосновать, по Савиньи, владѣльческіе интердикты; между тѣмъ управомоченному отказываютъ въ этихъ средствахъ защиты [17]), надѣляя его, взамѣнъ того, другими.

Совершенно то же можно сказать и объ отношеніи отца къ своему сыну. Будетъ-ли потеря съ одной и преступленіе съ другой стороны меньше, если у отца отнимутъ его сына, чѣмъ если захватятъ его раба? Однако въ послѣднемъ случаѣ отцу дается interdictum utrubi—интердиктъ владѣльческій, въ первомъ же—необходимы особые интердикты (de liberis exhibendis и ducendis).

b) Неправоспособность лицъ. Рабы и подвластныя дѣти, какъ извѣстно, лишены по римскому праву правоспособ-

---

[15]) На этомъ основаніи, если у нихъ самихъ украдена вещь, имъ отказываютъ въ actio furti, l. 76 § 1 de furt (47.2) ...si honesta ex causa interest, см. также l. 12 § 1 ibid. nemo de improbitate sua consequitur actionem, точно такъ же и въ act. ad exhibendum, l. 3 § 11 ad exh. (10.4): искъ о раздѣлѣ наслѣдства не распространяется на то, „quod vel vi aut latrocinio aut aggressura acquisitum erit" l. 4 § 2 fam. erc. (10.2).

[16]) Доказывающіе это тексты смотр. въ моемъ соч. Geist des R. R III, стр. 335; къ этому можно присоединить мѣста изъ *Орелли*, Corp. inscr. II. № 4358, на которыя указываетъ Рудорфъ, говоря о Савиньи, ук. соч. стр. 604, и гдѣ рѣчь идетъ о передачѣ владѣнія надгробнымъ памятникомъ (in vacuam possessionem..... ire aut mittere).

[17]) l. 30 § 1 de poss. (41.2).

ности владѣнія [18]). По Савиньи (стр. 126), „это положеніе, очевидно, основано на томъ общемъ правилѣ, что сынъ не можетъ обладать какимъ бы то ни было имущественнымъ правомъ". Совершенно вѣрно! Но какъ согласить такое объясненіе съ идеей Савиньи, что во владѣніи защищаются не имущественные интересы, какъ таковые, а личность? Если бы владѣльческіе интердикты покоились на идеѣ гражданскаго преступленія, то подвластному сыну нельзя было бы въ нихъ отказать, потому что онъ могъ бы требовать ихъ на томъ же основаніи, на какомъ онъ, по l. 9 de O. et A. (44.7), „suo nomine nullam actionem habet nisi injuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati".

3. Защита владѣльца незаконнаго (injustus) или malae fidei.

Вотъ еще одно непримиримое, на мой взглядъ, противорѣчіе въ теоріи Савиньи. За воромъ и разбойникомъ отрицается право на act. furti и act. legis Aquiliae [19]); какъ могли юристы надѣлить ихъ владѣльческими интердиктами, если видѣли въ послѣднихъ иски деликтнаго характера? Сравните способы выраженій въ l. 12 § 1 и l. 76 § 1 de furt. cit.: „Furti actio, говорится въ l. 12, malae fidei possessori non datur, quamvis interest ejus rem non subripi, quippe cum res periculo ejus sit, sed nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur;" а въ l. 76 § 1: „nam licet intersit furis rem salvam esse, quia condictione tenetur, tamen cum eo is cujus interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest." Тутъ опять ставитъ насъ Савиньи лицомъ къ лицу съ неразрѣшенной и неразрѣшимой загадкой; онъ не сдѣлалъ ни малѣйшей попытки согласить эти два отрывка со своимъ мнѣніемъ, пользуясь однако ими для другихъ цѣлей противъ своихъ противниковъ (стр. 65). Если собственникъ тайно или насильно отниметъ вещь у malae fidei possessor или уничтожитъ ее, то этотъ послѣдній не имѣетъ противъ него ни condictio furtiva, ни act.

---

[18]) l. 49 § 1 de poss. (41.2)

[19]) l. 12 § 1, l. 76 § 1 de furt. (47.2), l. 10 § 6, arg. l. 17 pr. ad. leg. Aq. (9.2) Иски по договорамъ однако за ними признаны, такъ, напр., actio commodati, l. 15, 16. Commod. (13.6), act. depositi, l. 31 Dep. (16.3).

furti, ни act. legis Aquiliae, такъ какъ первый изъ этихъ исковъ предполагаетъ въ истцѣ собственность, второй—интересъ, третій — право на чужую вещь или, по крайней мѣрѣ, bonae fidei possessio; ограбленный собственникъ отклонитъ деликтный искъ [20]) простой ссылкой на свое право собственности. Напротивъ, если malae fidei possessor возбудитъ владѣльческій искъ (что̀ онъ можетъ сдѣлать какъ по отношенію къ движимымъ, такъ и недвижимымъ вещамъ безразлично съ той поры, какъ interd. uti possidetis и utrubi вполнѣ уравнены Юстиніаномъ), то ссылку отвѣтчика на право собственности и слушать не станутъ; о malae же fidei possessio истца зайдетъ рѣчь лишь въ томъ случаѣ, если противъ него возникнетъ exceptio vitiosae possessionis. Кто не чувствуетъ, что исходные логическіе пункты въ томъ и другомъ случаѣ совершенно различны: въ первомъ это—идея деликта, во второмъ—нѣчто совершенно иное?

4. Отсутствіе деликтнаго характера во всѣхъ владѣльческихъ интердиктахъ.

Деликтную природу можно признать лишь за однимъ interd. unde vi, во всѣхъ другихъ—ее приходится рѣшительно отрицать. Савиньи, желая доказать деликтный характеръ interd. de precario, говоритъ, что „само по себѣ преступно злоупотреблять довѣріемъ другаго, точно такъ же какъ преступно отнимать чужую вещь насильно“. Но, будь это утвержденіе справедливо, необходимо было бы назвать деликтными исками и condictio ex mutuo и act. commodati, и возможную въ отношеніяхъ по прекарію act. praescriptis verbis. Interd. de precario можетъ, правда, пріобрѣсти деликтный оттѣнокъ черезъ dolus прекариста [21]),—точно такъ же какъ и rei vindicatio черезъ dolus praeteritus владѣльца; но отъ этой простой возможности интердиктъ такъ же мало дѣлается деликтнымъ искомъ, какъ и rei vindicatio. За исключеніемъ этого случая, онъ можетъ быть направленъ противъ наслѣд-

[20]) Точно такъ же, какъ и act. depositi вора, l. 31 § 1 Dep. (16.3) i. f.

[21]) Вслѣдствіе этого наслѣдникъ прекариста и здѣсь отвѣчаетъ за преступленіе наслѣдодателя, по общему правилу, лишь въ объемѣ того, что̀ къ нему перешло по наслѣдству l. 8 § 8 de prec. (43 26).

ника съ такимъ же точно успѣхомъ, какъ и противъ наслѣдодателя [22]).

Но, можетъ быть, отказъ возвратить взятое необходимо заключаетъ въ себѣ dolus? Вовсе нѣтъ. Представимъ себѣ случай, когда наслѣдникъ или опекунъ прекариста сошедшаго съ ума ничего не знаетъ о прекаріумѣ, или когда прекаристъ самъ къ тому времени узнаетъ, что онъ собственникъ. Въ послѣднемъ случаѣ онъ имѣетъ полное право не возвращать взятое: „idcirco quia receptum est, rei suae precarium non esse" [23]).

Одинъ изъ interdicta retinendae possessionis, именно interd. utrubi, въ своей до-юстиніановской формѣ, не поддается какимъ бы то ни было попыткамъ примиренія его съ идеей Савиньи. Онъ имѣлъ, какъ извѣстно, силу не только противъ того, кто отнялъ владѣніе непосредственно у истца, но и противъ каждаго третьяго лица, даже противъ bonae fidei possessor; единственное условіе состояло въ томъ, чтобы истецъ въ году, предшествовавшемъ моменту возникновенія иска, владѣлъ дольше, чѣмъ отвѣтчикъ. Савиньи, насколько я знаю, никогда не задавался вопросомъ, какъ примирить этотъ интердиктъ съ его воззрѣніемъ; попытавшись, онъ убѣдился бы въ неосуществимости предпріятія. Въ обоихъ мѣстахъ (стр. 31, 49), гдѣ ему слѣдовало это сдѣлать, онъ обходитъ нашъ интердиктъ молчаніемъ. Характеризуя interdicta retinendae possessionis, онъ настаиваетъ на насильственномъ нарушеніи владѣнія (стр. 400), какъ на необходимомъ для нихъ условіи, и относительно interd. utrubi ссылается на слова „vim fieri veto" изъ формулы, помѣщенной въ l. 1 pr. utrubi (43.31). Говоря о послѣднемъ интердиктѣ въ частности, онъ не находитъ нужнымъ „сказать о немъ что-либо особенное" (стр. 413) [23a]). Какой же однако смыслъ имѣло выраженіе „vim fieri veto"? Очевидно—не тотъ, что

---

[22]) l. 8 § 8 cit. heres ejus, qui precario rogavit, tenetur quemadmodum ipse.

[23]) l. 4 § 3 ibid., l. 45 pr. de R. J. (50.17), l. 21 pr. de usuc. (41.3), l. 31 § 1 Dep. (16.3). Если доказана собственность, то интердиктъ ipso jure лишается основанія. См. мое соч. Geist d. R. R. III, стр. 65, 66.

[23a]) Даже Рудорфъ, отъ котораго, съ его глубокимъ знаніемъ римской формулярной системы, всего скорѣе можно было ожидать указанія на неосновательность аргумента, почерпнутаго изъ формулы, — не возражаетъ на это ничего; по крайней мѣрѣ, я не нахожу замѣчанія съ его стороны по поводу приведеннаго мѣста (стр. 400, въ приложеніи).

насиліе должно имѣть мѣсто, если кто хочетъ возбудить интердиктъ, а тотъ, что отвѣтчикъ не долженъ силой сопротивляться истцу, если этотъ послѣдній захочетъ взять у него вещь обратно (quominus is eum ducat). Насиліе, какъ условіе этого интердикта, выставлено здѣсь такъ же мало, какъ и во многихъ другихъ невладѣльческихъ интердиктахъ, снабженныхъ тою же формулой. Если бы преторъ хотѣлъ сдѣлать что-нибудь подобное, то онъ пріурочилъ бы интердиктъ не къ будущему, а къ прошедшему времени, какъ, напримѣръ, interd. quod vi aut clam: quod factum est, или interd. unde vi: unde... dejecisti.

Что касается interd. uti possidetis, то, въ виду тщательныхъ изслѣдованій, выпавшихъ на его долю въ новѣйшее время [24]), мнѣ позволительно быть краткимъ. Не вѣрно, будто бы „насильственное нарушеніе владѣнія" принадлежитъ къ числу условій этого интердикта (Савиньи, стр. 400). Разслѣдованіе судьи, num vis facta sit contra edictum Praetoris, не могло имѣть мѣста до выпуска интердикта, а лишь послѣ него. За этимъ интердиктомъ могли обращаться обѣ стороны въ случаѣ совершенно мирнаго владѣльческаго спора (controversia de possessione), свободнаго отъ всякаго насилія, когда, напримѣръ, между двумя претендентами на наслѣдство дѣло шло о томъ, кто изъ нихъ первый захватилъ владѣніе наслѣдуемымъ участкомъ земли; этотъ именно примѣръ и берется какъ Ульпіаномъ (l. 1 § 3 uti poss. (43.17)), такъ и Гаемъ (IV. 148) за исходную точку изложенія интердикта. По Савиньи, проситель въ этомъ случаѣ долженъ быть, говоря нынѣшнимъ языкомъ, отпущенъ съ тѣмъ, съ чѣмъ пришелъ.

5. Безполезность владѣльческихъ интердиктовъ, какъ особыхъ деликтныхъ исковъ, въ виду наличнаго состава исковыхъ средствъ.

Если предположить, что преторъ хотѣлъ создать во владѣльческихъ интердиктахъ лишь новую форму деликтныхъ

24) См. прежде всѣхъ *Hermann Witte*, Das interdictum uti possidetis Leipzig, 1863, особенно стр. 40 и сл.

исковъ, то напрасно искали бы мы отвѣта на вопросъ, къ чему это было нужно? Вполнѣ достаточно было и наличнаго состава исковъ; на случай нарушенія владѣнія существовали interd. quod vi aut clam и act. injuriarum [25]), на случай захвата—act. furti, которая въ древнѣйшемъ правѣ распространялась и на недвижимыя вещи [26]), обнимала собою какъ тайный, такъ и насильственный [27]) захватъ владѣнія, а, въ крайнемъ случаѣ, могла быть распространена и на прекариста [28]).

6. Condictiones, направленныя на возвращеніе владѣнія.

Лишь въ послѣднее время на нихъ было вновь обращено вниманіе, благодаря Брунсу [28a]), который самъ замѣтилъ (l. c., стр. 416), „что они не мирятся съ теоріей Савиньи". Владѣніе является въ нихъ самостоятельнымъ предметомъ и основаніемъ иска, независимо отъ какого бы то ни было насилія. Послѣ этого нѣтъ никакой возможности утверждать, что, по воззрѣнію Римлянъ, лишь насиліе придаетъ владѣнію юридическое значеніе.

Сводя все вышесказанное въ одно положеніе, получимъ, что теорія Савиньи приписываетъ претору созданіе такихъ деликтныхъ исковъ, которые

1) рядомъ съ исковыми формами, введенными гражданскимъ правомъ, были совершенно лишніе (№ 5);

2) вопреки основнымъ положеніямъ, принятымъ для деликтныхъ исковъ, были недоступны для тѣхъ, кто долженъ былъ бы пользоваться ими (№№ 1 и 2);

3) давались тѣмъ, кому, въ силу тѣхъ же основныхъ положеній, слѣдовало бы въ нихъ отказывать (№ 3); причемъ

---

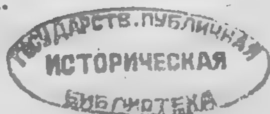
25) Относительно перваго ср. примѣры въ l. 7 § 5, 6, 9, 10, l. 9, 11 и др. quod vi (43.24), относительно второй—l. 13 § 7 de inj. (47.10) и Paulus S. R. V. 6 § 5.

26) Gellius XI, 18 § 13.

27) l. 1 vi bon. (47.8), Gaj, III. 209.

28) Ср. Gell. l. c. съ l. 66 pr., 67 pr. de furt. (47.2).

28a) Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen. 1848, стр. 27 сл.



4) ни въ одномъ изъ нихъ, за исключеніемъ int. quod vi, нѣтъ возможности открыть ни малѣйшаго слѣда деликта (№ 4).

III.

Прочія относительныя теоріи.

1. Теорія Тибо.

Исходной точкой для своей теоріи владѣнія Тибо [29]) выбралъ не просто фактъ, а осуществленіе правъ [30]), какъ особый родъ фактическаго состоянія. Ниже намъ представится случай показать, насколько плодотворно можетъ быть приложеніе этой точки зрѣнія въ видахъ пониманія владѣльческой защиты; но фундаментъ, на которомъ Тибо хочетъ выстроить ее, очень шатокъ. „Въ силу основнаго и логически неизбѣжнаго принципа, говоритъ онъ, что никто не можетъ побѣдить юридически другаго, если не имѣетъ за себя болѣе вѣскихъ основаній своего преимущественнаго права, простое фактическое состояніе становится юридически крайне важнымъ, ибо ведетъ къ тому правилу, что каждый, кто фактически осуществляетъ во внѣ свое право, долженъ быть огражденъ въ этомъ фактическомъ состояніи до тѣхъ поръ, пока кто-нибудь другой не докажетъ, что на его сторонѣ есть право болѣе сильное.

Но если владѣніе—не болѣе какъ фактическое состояніе, то почему для прекращенія его нужно „сильнѣйшее право“? Фактическое состояніе возникаетъ и прекращается безъ всякаго участія права. Если моя липа даетъ сосѣду защиту отъ лучей солнца, то это—фактъ; кто же станетъ защищать

---

[29]) System des Pandectenrechts, 8-ое изд. §§ 203, 204. — Въ своемъ сочиненіи о владѣніи и давности, Іена, 1802, § 2, онъ не приводитъ вовсе основаній для защиты владѣнія.

[30]) Какъ у *Гуфеланда*. Besitz (Geist des römischen Rechts, ч. 2, отд. 1), стр. 5 сл., 18 сл.

моего сосѣда, если я захочу срубить дерево? Когда купецъ имѣетъ много покупателей, то это тоже фактъ; но какимъ закономъ гарантированъ онъ противъ конкурента, который захочетъ отбить у него этихъ покупателей? Если то обстоятельство, что владѣніе служитъ выраженіемъ права во внѣ, не въ силахъ придать ему характеръ правоваго отношенія, если, напротивъ, его мѣсто, какъ думаетъ Тибо,—въ ряду прочихъ фактическихъ состояній, то оно должно наравнѣ съ послѣдними подчиняться тому общему закону, что возникновеніе, существованіе и прекращеніе фактовъ — не болѣе, какъ результаты фактической силы. Побѣда въ области права необходимо предполагаетъ болѣе сильное право, но переносить ту же идею въ область фактовъ—значитъ забывать то, что̀ сказано о послѣднихъ.

Положимъ даже, что сильнѣйшее право рѣшаетъ дѣло. Нѣтъ сомнѣнія, что арендаторъ, прогнанный третьимъ лицомъ, имѣетъ на вещь болѣе сильное право, чѣмъ это лицо, потому что его фактическое состояніе опирается по крайней мѣрѣ на договоръ съ настоящимъ владѣльцемъ; почему же его доводовъ не принимаютъ въ уваженіе, почему ему отказываютъ во владѣльческихъ интердиктахъ? Далѣе, если арендаторъ, въ свою очередь, отнимаетъ владѣніе у своего противника или его наслѣдника, отчего во владѣльческомъ процессѣ онъ лишенъ права доказывать свои юридическія преимущества, несмотря на всю свою готовность?

Такимъ образомъ объясненіе Тибо, стоя, повидимому, на почвѣ однихъ фактовъ, забѣгаетъ въ то же время и въ область правовыхъ отношеній, но не мирится съ основными положеніями ни тѣхъ, ни другихъ. Если владѣніе, на самомъ дѣлѣ, простой фактъ, то оно не можетъ извлечь для себя юридической защиты изъ того положенія, что сила, разрушающая какое-нибудь фактическое состояніе, должна быть больше силы, поддерживающей послѣднее; аргументація, вращаясь исключительно въ области фактической, не можетъ переступать фактическій моментъ своими выводами. Если же счесть владѣніе правомъ, то такой взглядъ приведетъ къ конструкціи владѣнія, совершенно отличной отъ римской. Собственно римская система владѣльческой защиты не можетъ быть понята этимъ путемъ.

Тѣми же недостатками страдаетъ и

2. Воззрѣніе Рёдера [31]).

Этотъ писатель видитъ основаніе защиты владѣнія въ правѣ каждаго лица на безупречность, выраженіемъ котораго служитъ афоризмъ: quilibet praesumitur justus (?—bonus) donec probetur contrarium. Въ силу этого права, „предоставленнаго каждому владѣльцу, необходимо принять на время, что всякое внѣшнее отношеніе къ лицу или вещи, которое можетъ возникнуть на основаніи и вслѣдствіе права, осуществимаго во внѣ лишь въ формѣ этого отношенія,—на самомъ дѣлѣ возникло не иначе, какъ въ силу такого права и, слѣдовательно, правомѣрно“.

Примѣняя къ владѣнію этотъ основной принципъ, авторъ дѣлаетъ скачокъ. — Дѣло идетъ не о безупречности внѣшняго отношенія, а о безупречности лица. Если же личность безупречна, то держатель безупреченъ не менѣе юридическаго владѣльца, не-владѣлецъ—не менѣе владѣльца. Не-владѣлецъ имѣетъ такое же право домогаться довѣрія къ своей личности, какъ и владѣлецъ, разъ самый фактъ владѣнія признанъ ничтожной опорой для довѣрія. Словомъ, если ужъ владѣнію необходимо опереться на презумпцію правомѣрности, то способъ, которымъ надлежитъ осуществить это, долженъ быть иной; презумпція, выведенная изъ идеи личности, для этого не годится. Но пусть Рёдеръ правъ. Если на сторонѣ владѣльца одна лишь презумпція, то почему не дозволяется противнику опровергнуть ее доказательствомъ противнаго? Что станется съ безупречностью, если противникъ докажетъ, что самъ онъ — собственникъ, а истецъ укралъ вещь? Если во владѣльческомъ процессѣ на владѣніе смотрятъ не какъ на самостоятельное юридическое отношеніе, а какъ на доказательство существованія совершенно посторонняго права, то почему не восходятъ до этого послѣдняго, почему не допускаютъ доказыванія и противодоказыванія, — словомъ, почему не сдѣлаютъ изъ владѣльческаго иска искъ о правѣ?

---

[31]) Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie. Изд. 2, отд. 2, стр. 250.

Идеи Рёдера хватило бы еще для объясненія, почему въ виндикаціонномъ процессѣ владѣлецъ освобождается отъ доказыванія, хотя освобожденіе отвѣтчика отъ тягости доказыванія, какъ извѣстно, съ владѣніемъ, какъ таковымъ, ничего общаго не имѣетъ, ибо повторяется во всѣхъ искахъ; но она далеко не въ силахъ объяснить главную особенность института владѣнія, именно—исключеніе изъ владѣльческаго процесса вопроса о правѣ; между тѣмъ этотъ-то пунктъ и есть пробный камень каждой владѣльческой теоріи.

Мы всюду исходили изъ того предположенія, что названный ученый въ основу своей теоріи клалъ обычно-научное или римское понятіе владѣнія; кто въ трактатѣ по философіи права захочетъ выставить другой способъ пониманія, тотъ можетъ это сдѣлать,—права на это я ни у кого не оспариваю; но онъ долженъ оговориться, къ чему онъ это дѣлаетъ, и гдѣ границы между его взглядомъ и римскимъ; ни того, ни другаго не сдѣлалъ Рёдеръ.

Изъ трехъ мнѣній, которыя защиту владѣнія связываютъ съ правомъ собственности, одно (наиболѣе старое) полагаетъ въ ея основаніи

3. Вѣроятность права собственности.

Это воззрѣніе было нѣкогда весьма распространено [32]), и самъ Савиньи въ третьемъ, четвертомъ и пятомъ изданіи своего сочиненія призналъ за нимъ нѣкоторыя достоинства [33]), но отвергъ ихъ въ шестомъ. Въ вышедшемъ послѣ

---

[32]) Какъ на одного изъ послѣднихъ его защитниковъ Савиньи l. cit., стр. 43, указываетъ на Гуфеланда, у котораго впрочемъ оно выступаетъ не ясно. См. также Ранда l. c. прим. 7.

[33]) § 2 въ концѣ: „если спросятъ, къ чему противъ насилія введенъ былъ такой именно способъ защиты, т.-е. почему прогнанный владѣлецъ долженъ обратно получить потерянное (можетъ быть, совершенно неправомѣрное) владѣніе, то можно съ увѣренностью сказать, что такая защита покоится на томъ общемъ предположеніи, что владѣлецъ можетъ быть и собственникомъ. Такъ что въ этомъ смыслѣ можно смотрѣть на владѣніе, какъ на тѣнь собственности, какъ на собственность предполагаемую, но все это касается лишь основанія правоваго института вообще, а не юридическаго основанія владѣнія въ какомъ-нибудь частномъ случаѣ.“

его смерти седьмомъ изданіи мы находимъ замѣчаніе, согласно которому эта презумпція „должна быть отвергнута, но не столько сама по себѣ,—такъ какъ громадное большинство владѣльцевъ на самомъ дѣлѣ управомочено, — сколько въ виду совершенно особаго строя владѣльческой теоріи въ римскомъ правѣ“.

Недостатокъ этого воззрѣнія заключается не въ томъ, въ чемъ думаетъ найти его Савиньи, не въ томъ, что римское право не знало подобной презумпціи,—дѣло идетъ здѣсь не о положительномъ правилѣ, а о законодательномъ вопросѣ, который, не будучи затронутъ римскимъ правомъ ближе, можетъ быть одинаково смѣло выраженъ нами въ любой, даже чуждой Римлянамъ, формѣ, лишь бы послѣдняя вѣрно передавала дѣло. Недостатокъ кроется въ томъ, что выставляемое основаніе само нуждается въ основаніи. Ибо положимъ, что законодатель говоритъ: я хочу предположить, что владѣлецъ есть собственникъ, — каждый его спроситъ: почему ты хочешь это предположить? Вѣдь существуетъ положеніе, что каждое право должно быть доказано; какіе мотивы заставляютъ отступать отъ него, въ видѣ исключенія, когда рѣчь зайдетъ о собственности? Вѣдь для этого недостаточно того статистическаго факта, что въ большинствѣ случаевъ владѣлецъ въ одно и то же время собственникъ, точно такъ же какъ статистическія таблицы смертности не въ силахъ основать собой предположеніе, что такое-то лицо умерло въ такомъ-то возрастѣ или находится еще въ живыхъ. Наконецъ, при послѣдовательномъ проведеніи этой презумпціи, пришлось бы надѣлить прежняго владѣльца въ силу одного его владѣнія искомъ in rem противъ каждаго третьяго лица (искъ для защиты прежняго владѣнія), ибо почему презумпція, разъ признанная основательной, должна быть ограничена въ своемъ приложеніи частнымъ случаемъ? Совершенно то же можно сказать и объ отвергнутой нами выше презумпціи личной правомѣрности или добросовѣстности владѣльца. Сущность этого мнѣнія сводится къ мысли, что во владѣніи дѣло идетъ объ особомъ облегченномъ способѣ доказыванія собственности и, въ этомъ смыслѣ, мы вправѣ назвать владѣніе предполагаемой, предварительной собственностью или, вмѣстѣ съ Савиньи, тѣнью собственности; но констатированіе не есть еще основаніе

самаго факта, т.-е. констатированіе существующаго облегченія не показываетъ намъ потребности, необходимости въ немъ. Ниже мы попытаемся найти для этого средство.

Нѣкоторую разновидность вышеуказаннаго воззрѣнія представляетъ собою тотъ взглядъ, по которому во владѣніи защищается возможная собственность [34]); но такой постановкой законодательныхъ мотивовъ защиты дѣло скорѣе ухудшается, чѣмъ улучшается. Скачокъ отъ возможности собственности къ защитѣ владѣнія еще рискованнѣе, чѣмъ отъ вѣроятности. Почему должно быть защищено то, что̀ лишь возможно? Гдѣ мы видимъ этому примѣры?

Другое воззрѣніе, которое выводитъ защиту владѣнія изъ собственности, есть:

4. Воззрѣніе Ганса [35]), по которому во владѣніи защищается начинающаяся собственность.

Одно изъ слѣдствій владѣнія выражается, какъ извѣстно, въ формѣ пріобрѣтенія черезъ давность, и совершенно справедливо утверждаютъ, что посредствомъ act. Publiciana въ давностномъ владѣніи защищается начинающаяся собственность, но, какъ уже не разъ было замѣчено [36]), лишь въ давностномъ владѣніи. Владѣніе malae fidei possessoris, какъ бы долго оно ни длилось, не ведетъ къ собственности, однако защищается. Такую защиту,—а это и есть защита владѣнія, какъ таковаго,—нѣтъ возможности основать на выше указанной точкѣ зрѣнія.

Непосредственно за этимъ должно бы слѣдовать изложеніе моего собственнаго взгляда, но я откладываю его подъ конецъ и перехожу къ абсолютнымъ теоріямъ.

---

[34]) Какъ мнѣніе научно развитое оно нигдѣ не встрѣчается, но проглядываетъ въ случайныхъ выраженіяхъ и оборотахъ, которыхъ я не собиралъ. Пухтовская „субъективная возможность права“ (Vorles. § 122) сюда не относится, а представляетъ собою лишь иную форму его же собственнаго мнѣнія, которымъ мы займемся ниже.

[35]) System des Röm. Civilrechts. Берлинъ. 1827, стр. 211, 212. Ueber die Grundlage des Besitzes. Eine Duplik. Берлинъ. 1839. О другомъ воззрѣніи того же писателя см. ниже.

[36]) *Рудорфъ* въ Zeitschrift für gesch. R.-W. VII, стр. 98, 99. *Савиньи* ук. соч., стр. 61.

IV.

Абсолютныя теоріи.

Теорія воли.

Рядомъ съ только-что разсмотрѣннымъ воззрѣніемъ Ганса, находимъ мы у того же писателя другой отвѣтъ на нашъ вопросъ. Обладаніе вещью, говоритъ онъ, какъ проявленіе воли субъекта, можетъ либо согласоваться съ „общей волей", т.-е. съ закономъ—тогда это есть собственность, — либо опираться на одну лишь „частную волю"—тогда это есть владѣніе; самое же основаніе, по которому воля признается и защищается даже въ этомъ послѣднемъ своемъ проявленіи, лежитъ въ томъ, что „воля сама по себѣ есть нѣчто существенное, требующее защиты; частная воля лица, проявляясь по отношенію къ вещамъ, становится правомъ и должна быть разсматриваема, какъ таковое". Пухта [37]) воспринялъ мысль Ганса и выразилъ ее въ формѣ извѣстнаго своего мнѣнія, что владѣніе есть право къ собственной личности. Слѣдуя этому писателю, воля правоспособнаго лица, даже тогда, когда правомѣрность ея еще не доказана, требуетъ для себя извѣстной доли правоваго признанія въ силу одного того, что она, какъ воля субъекта правоспособнаго, можетъ быть и правомѣрна. Во владѣніи защищается такимъ образомъ возможность правъ или правоспособность. Право владѣнія есть не что иное, какъ особый видъ личнаго права, — личное право, обращенное на естественное подчиненіе вещей человѣку.

Между тѣмъ какъ Пухта и Гансъ затрогиваютъ вопросъ объ основаніи защиты владѣнія лишь по поводу юридической природы послѣдняго, Бруисъ посвящаетъ ему отдѣль-

---

[37]) Въ своей монографіи „Zu welcher Klasse von Rechten gehört der Besitz?", появившейся впервые въ Rhein. Museum III, № 17, а затѣмъ вышедшей въ его Vermischte Schriften подъ № 14 (стр. 255 сл.). См. также, впервые появившуюся тамъ статью № 15 „Ueber Existenz des Besitzrechts. Сильно нападая на Ганса въ первомъ изъ этихъ сочиненій, Пухта во второмъ (стр. 265 прим. а) признается, что „подобнымъ образомъ выразился уже Гансъ."

ное изслѣдованіе [38]), но сразу съуживаетъ область вопроса, ограничивая его защитой противъ „насилія, насильственнаго нарушенія и отнятія". Не трудно было бы, думаетъ онъ, основать подобную защиту на тѣхъ или другихъ эмпирическихъ соображеніяхъ цѣлесообразности, но это значило бы мало подвинуться „въ вопросѣ, гдѣ наука настойчиво требуетъ внутренней юридической необходимости (защиты владѣнія), вытекающей изъ природы самаго владѣнія". Изъ двухъ факторовъ владѣнія—физическаго господства и воли, первый, какъ простое фактическое состояніе, не заключаетъ въ себѣ ни малѣйшаго мотива для правовой защиты; „второй—напротивъ. Осуществляющаяся во владѣніи воля, не основывая собою права и существуя лишь чисто фактически, — иной разъ, очевидно, вопреки всякому праву, — тѣмъ не менѣе должна быть защищаема въ виду природы воли вообще. Воля сама по себѣ, по своему существу, абсолютно свободна, и вся правовая система представляетъ изъ себя не что иное, какъ признаніе и проведеніе этой свободы. Принужденіе и насиліе, направленныя противъ воли, какова бы ни была, въ томъ и другомъ случаѣ, степень ея правомѣрности, сами по себѣ и вообще — несправедливые поступки, отъ которыхъ воля должна быть ограждена. Лишь ставъ въ непосредственную, прямую оппозицію съ общей волей или закономъ (сопротивленіе государственной власти и самовольная расправа съ другимъ), она является той особой, неправомѣрной волей, противъ которой допускается и принужденіе и насиліе. Такимъ образомъ владѣніе есть не право подобно собственности, обязательству и т. д., а фактъ; но этотъ фактъ, какъ видимый символъ воли, ограждается отъ насилія во имя общихъ правъ этой послѣдней. Въ защитѣ владѣнія достигаютъ полной юридической санкціи, прежде всего, личность и свобода человѣка".

Нѣкоторые примкнули къ этому мнѣнію [39]), стало быть, есть въ немъ нѣчто заманчивое; я же считаю его совершенно неосновательнымъ. Хотя оно и отличается отъ взгляда Савиньи тѣмъ, что для запрета насилія выставляетъ внут-

---

[38]) Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen, 1848, § 58

[39]) Въ особенности Ранда, loc. cit., и Рудорфъ въ новомъ изданіи „*Владѣнія*" Савиньи, стр. 581; *Виндшейдъ*, Pandekten, § 148, прим. 6.

ренній мотивъ—воплощенную во владѣніи конкретную волю, тогда какъ Савиньи извнѣ вводитъ этотъ запретъ въ понятіе владѣнія какъ требованіе правоваго порядка; въ послѣднихъ однако основаніяхъ оба мнѣнія сходятся [40]), что̀, совершенно вѣрно, замѣчалъ и самъ Савиньи, говоря о Пухтѣ (стр. 62): „и я вывожу эту защиту изъ неприкосновенности личности и изъ той связи, въ которую стала личность съ вещью, естественнымъ порядкомъ подчинивъ себѣ послѣднюю". Сомнѣваюсь однако, чтобы пересадка идеи неправомѣрнаго насилія изъ сферы правоваго порядка на почву субъективной воли могла послужить къ исправленію взгляда Савиньи; скорѣе — наоборотъ. Во всякомъ случаѣ, мнѣ несравненно легче понять запретъ насилія съ точки зрѣнія объективнаго правоваго порядка, чѣмъ съ точки зрѣнія субъективной воли.

Рѣшенія спора мы можемъ ожидать лишь тогда, когда заранѣе согласимся относительно исходной точки зрѣнія,—замѣчаніе очень важное для предстоящаго вопроса потому, что тутъ спорящіе никогда твердо не держатся одной, разъ принятой точки зрѣнія. То они имѣютъ въ виду какое-то идеальное право, которое толкуютъ по произволу, то держатся опять римскаго права. Поэтому-то я и заявляю здѣсь, что въ основу всего послѣдующаго изложенія кладу исключительно римское право. Если мнѣ удастся, на что̀ я надѣюсь, доказать, что теорія моихъ противниковъ ни коимъ образомъ не мирится съ римскимъ правомъ, ни съ его спеціальнымъ ученіемъ о владѣніи, ни съ другими его ученіями и принципами, то будетъ выяснено, что эта теорія, можетъ быть, и имѣетъ значеніе философско-юридическое или законодательное, — я объ этомъ не распространяюсь, хотя отрицаю и это,—но не можетъ притязать на значеніе историческое, на значеніе догматическаго авторитета въ римскомъ правѣ. Такова именно цѣль предстоящаго изслѣдованія.

Что воля есть vis agens всего частнаго права—я въ этомъ вполнѣ согласенъ съ моими противниками. Но воля обрѣтаетъ мѣру и границы въ законѣ и становится правомѣрной силой лишь тогда, когда держится путей, предначертанныхъ для ней закономъ. Неправда, будто внѣ закона;

---

[40]) Это признаетъ и Виндшейдъ loc. cit.

не опираясь на право, даже явно противорѣча ему, воля можетъ претендовать на какое-либо значеніе. Ограждая такую волю, право стало бы въ противорѣчіе само съ собой. Для меня—просто загадка, какъ изъ того положенія, что цѣль права—гарантировать, въ предѣлахъ возможнаго, безпрепятственное выполненіе и осуществленіе индивидуальной воли,—можетъ вытекать то, что осуществляющаяся воля должна быть ограждена правомъ отъ всякаго незаконнаго воздѣйствія, даже въ томъ случаѣ, когда она, не будучи санкціонирована закономъ, является лишь какъ простой фактъ (Ранда, 86) [41]). Необходимо различать личность и отношеніе, возникшее неправомѣрнымъ путемъ. Личность, несмотря на совершенное преступленіе, остается тѣмъ, чѣмъ была, и изъ своей правовой защиты ничего не теряетъ. Но изъ этого однако вовсе не слѣдуетъ, чтобы личность, какъ какой-то чудотворящій святой, могла облагороживать, излѣчивать, очищать все низкое, больное и нечистое, что только ея коснется, и осѣнять широкимъ покровомъ собственной правовой защиты каждый противозаконный поступокъ, въ которомъ вздумала воплотиться воля. Такіе поступки легко могутъ быть отдѣлены отъ самой личности; они — дѣло личности, но не сама личность; можно разрушить дѣло, не касаясь творца [42]). „Но ударъ, направленный противъ дѣла, самъ по себѣ уже беззаконіе!" Это-то я и оспариваю. Мысль Савиньи, что въ каждомъ нарушеніи владѣнія кроется формальное преступленіе, въ примѣненіи къ римскому праву, на мой взглядъ, не выдерживаетъ критики. Государство можетъ достигнуть и достигаетъ на самомъ дѣлѣ того, чтобы насиліе внѣ извѣстныхъ границъ было запрещено для всѣхъ, не исключая и того, кто, бу-

41) Это разсужденіе кажется мнѣ еще болѣе непонятнымъ въ виду того остроумія, съ какимъ этотъ авторъ указываетъ на несостоятельность вывода Савиньи, будто насильственный захватъ владѣнія самъ по себѣ неправомѣренъ; см. выше прим. 8. Ранда, приписывая волѣ право быть защищенной даже тогда, когда несправедливость такой защиты очевидна, на самомъ дѣлѣ лишь облекаетъ въ новую форму мысль Савиньи о запретѣ самоуправства. Не есть-ли это просто переложеніе объективнаго юридическаго принципа въ субъективное право?

42) Такъ, во имя правъ личности, запрещается вѣрителю дурное обращеніе съ бѣжавшимъ должникомъ, но никакъ не захватъ найденныхъ у него вещей, l. 10 § 16 quae in fr. cred. (42.8).

дучи обокраденъ или ограбленъ, захотѣлъ бы силой вымещать потерю на ворѣ или разбойникѣ. Но при этомъ государство руководится не тою мыслью, что, въ силу идеи безусловной свободы воли, даже ворамъ и разбойникамъ принадлежитъ неотразимое притязаніе на защиту плодовъ ихъ преступленія; государство руководится, напротивъ, тѣмъ законодательно-политическимъ соображеніемъ, что самоуправство есть обоюдо-острое оружіе и что лучше всего— если мечъ правосудія останется въ рукахъ самого государства. Съ точки зрѣнія субъекта, я, съ своей стороны, не берусь осуждать самоуправство, и сама исторія дошла до этого, лишь прошедши ступень чистой субъективности права. Какую несправедливость терпитъ разбойникъ, если ограбленный, при первомъ удобномъ случаѣ, схватываетъ его и отнимаетъ похищенное? Воля, отвѣчаютъ, свободна, и всякое насиліе противно ея природѣ. А если государственная власть силой отнимаетъ вещь у того, кто не имѣетъ на нее права, развѣ это не насиліе? Да, но это дѣлается по предписанной закономъ формѣ, возражаютъ опять. Несомнѣнно такъ, но фактъ насилія остается фактомъ; воля, стало быть, оказывается вовсе не абсолютно-священной и неприкосновенной, а насиліе—не всегда достойнымъ осужденія. Сопротивленіе праву со стороны неправомѣрной воли должно быть сломано, въ крайнемъ случаѣ, даже путемъ внѣшняго насилія; вопросъ о томъ, какъ это дѣлается, есть чисто формальный вопросъ, цѣлесообразное рѣшеніе котораго составляетъ, правда, одну изъ важнѣйшихъ задачъ правосудія, но не образуетъ никакого права для воровъ и разбойниковъ, точно такъ же какъ тотъ или другой цѣлесообразный способъ веденія крѣпостной осады не служитъ предметомъ права для осажденныхъ.

Но послушаемъ, какъ рѣшаетъ этотъ вопросъ римское право. Спрашивается, можно ли видѣть въ самоуправствѣ и насиліи безусловныя преступленія, несовмѣстимыя съ той идеей свободной воли, которая осуществлена въ римскомъ правѣ?

Съ точки зрѣнія древнѣйшаго права на этотъ вопросъ необходимо отвѣтить отрицательно. Древнѣйшее право не только не считало нужнымъ въ принципѣ осуждать и преслѣдовать самоуправство, но, напротивъ, видѣло въ немъ есте-

ственное проявленіе и неизбѣжное слѣдствіе свободы воли и заботилось лишь о томъ, чтобы послѣдняя держалась законныхъ путей и формъ [43]). И новѣйшее право въ свою очередь, подъ вліяніемъ этого древне-народнаго воззрѣнія, предоставляетъ самоуправству такой просторъ, который не легко согласить съ вышеуказаннымъ мнѣніемъ. Possessor justus имѣлъ вплоть до Юстиніана право силой (но не вооруженной) изгнать possessorem injustum, который пытался сопротивляться; точно такъ же тотъ, кто отдавалъ что-нибудь въ аренду или наймы,—словомъ, каждый хозяинъ могъ изгнать держателя его вещи [44]), а каждый владѣлецъ могъ поступить такъ съ тѣмъ, кто въ его отсутствіе присвоилъ себѣ владѣніе его участкомъ. Какъ согласить все это съ тѣмъ предположеніемъ, что идея ненарушимости или абсолютной свободы воли заправляла всѣмъ ученіемъ о владѣніи? Ровно никакого не имѣетъ значенія то обстоятельство, что римскіе юристы изворотливымъ толкованіемъ понятія владѣнія подвели всѣ эти случаи, вполнѣ или отчасти, подъ понятіе самозащиты. Суть дѣла въ слѣдующемъ: всѣ эти лица фактически обладаютъ вещами; что касается ихъ желанія удержаться въ этомъ положеніи, то оно выражается у нихъ въ такомъ видѣ, которая не оставляетъ мѣста сомнѣнію относительно формы оказываемаго сопротивленія; они становятся, такимъ образомъ, жертвами того преступленія, въ которомъ, будто бы, кроется безусловное оскорбленіе личности и противъ котораго никто не можетъ оставаться юридически беззащитнымъ,—жертвами насилія и тѣмъ не менѣе должны его выносить.

Такимъ образомъ римское право вмѣсто того, чтобы проводить въ ученіи о владѣніи формальную идею правонарушенія, связаннаго единственно съ фактомъ насилія, позволяетъ себѣ руководиться матеріальными соображеніями, вытекающими изъ даннаго правоотношенія между лицами. Одно и то же насиліе со стороны разныхъ лицъ или направленное противъ разныхъ лицъ, получаетъ, смотря

---

[43]) См. мое соч. Geist des R. R. I § 11 (изд. 2, стр. 118—167).

[44]) Этотъ послѣдній выводъ, который я только-что изложилъ, теперь развитъ подробнѣе *Цибартомъ,* Die Realexecution und die Obligation, Halle, 1866, стр. 57 сл.

по взаимнымъ ихъ отношеніямъ, до крайности различную оцѣнку.

То, что замѣчено здѣсь о владѣніи, сохраняетъ силу и для обязательственнаго права. Если точка зрѣнія оспариваемая нами, вѣрна, то всякій владѣлецъ чужой вещи—даже воръ и разбойникъ — долженъ имѣть деликтные иски на случай захвата или поврежденія. Имѣетъ-ли онъ ихъ на самомъ дѣлѣ? Нѣтъ. Всѣмъ поименованымъ лицамъ и вообще всѣмъ недобросовѣстнымъ владѣльцамъ право отказываетъ въ act. leg. Aquiliae, condictio furtiva, act. furti и act. vi bonor. raptorum, и не только противъ настоящаго собственника, но даже противъ каждаго третьяго лица [45]). Между тѣмъ вопросъ, о которомъ у насъ идетъ рѣчь, выступалъ передъ римскими юристами въ этихъ искахъ несравненно нагляднѣе, чѣмъ въ владѣльческихъ интердиктахъ, ибо здѣсь ex professo предстояло рѣшить вопросъ о деликтѣ. Если такіе поступки, какъ насильственный или тайный захватъ чужой вещи, порча ея или уничтоженіе — безусловныя преступленія, то почему у недобросовѣстныхъ владѣльцевъ нѣтъ владѣльческихъ средствъ защиты? Въ какое противорѣчіе впадаютъ наши противники! Владѣльческіе иски, деликтный характеръ которыхъ по меньшей мѣрѣ весьма сомнителенъ, преслѣдуютъ, какъ преступленіе, такое дѣйствіе, которое въ искахъ, несомнѣнно деликтныхъ, не считается преступленіемъ! Точно такой же порядокъ принятъ былъ до изданія Decretum Divi Marci и на случай принужденія; должникъ, принужденный вѣрителемъ къ уплатѣ, не имѣлъ противъ него деликтнаго иска,—формальный проступокъ, заключавшійся въ нарушеніи свободы воли должника, въ виду матеріальнаго права вѣрителя, терялъ всю свою силу [46]).

Изъ всего этого, кажется, очевидно, что идея, оспариваемая нами, будто неправомѣрная воля находится въ неприступной позиціи, изъ которой можетъ быть выбита лишь правовымъ путемъ, будто воля сама по себѣ, даже стоя въ противорѣчіи съ правомъ, можетъ имѣть притязаніе на

---

[45]) Объ actio leg, Aq см. l. 11 § 6, 8 ad L. Aq. (9.2). Объ остальныхъ искахъ см. выше.

[46]) l. 12 § 2 quod met. (4.2).

защиту, — что это идея — не римская, а современная и не могла, стало быть, служить Римлянамъ руководящей нитью при построеніи института владѣнія. Для бóльшей убѣдительности изслѣдуемъ этотъ послѣдній.

Если владѣніе, выраженное во внѣ, пріобрѣтаетъ значеніе лишь въ силу того обстоятельства, что въ немъ воплощается и нарушается воля, если такимъ образомъ владѣльческіе интердикты покоятся на идеѣ нарушенія воли, то рождаются вопросы:

1. Какъ могутъ быть допущены эти интердикты въ томъ случаѣ, когда никакого нарушенія воли на лицо не имѣется, и все дѣло сводится къ вопросу о бытіи или небытіи владѣнія? Два претендента на наслѣдство сходятся съ разныхъ сторонъ одновременно на наслѣдуемый участокъ земли съ цѣлью вступить во владѣніе; они желаютъ знать, кто изъ нихъ пріобрѣлъ владѣніе—одинъ-ли in solidum, или оба сообща. Нѣтъ сомнѣнія, что они могутъ рѣшить этотъ вопросъ путемъ interd. uti possidetis, ибо не заставить же ихъ предварительно учинить насиліе, чтобы засвидѣтельствовать нарушеніе воли. Два совладѣльца не могутъ придти къ соглашенію относительно предпринимаемой починки и требуютъ законнаго рѣшенія; по l. 12 Comm. div. (10.3) они получаютъ его путемъ int. uti possidetis помимо всякаго насилія. Interd. utrubi въ своей до-юстиніановской формѣ, могъ служить владѣльческимъ искомъ и противъ третьяго владѣльца, который пріобрѣлъ вещь не отъ истца, а отъ кого-нибудь другаго, быть можетъ, даже вполнѣ законнымъ путемъ. Идея преступленія была давно чужда этому интердикту, какъ и иску rei vindicatio.

2. Если защищается не что иное, какъ воля, а на владѣніе смотрятъ лишь какъ на символъ послѣдней — къ чему требуется именно владѣніе, а не иной какой-нибудь способъ выраженія воли? Одинъ охотникъ преслѣдуетъ звѣря, другой на его глазахъ убиваетъ послѣдняго. Онъ помѣшалъ осуществиться чужой волѣ, почему же не допускается противъ него искъ? Въ публичномъ мѣстѣ одинъ изъ посѣтителей дѣлаетъ знакъ на стулѣ, другой видитъ это и беретъ стулъ себѣ. Желаніе имѣть стулъ для себя было выражено достаточно ясно; но кому тутъ придетъ въ голову мысль о владѣльческомъ искѣ? Не все-ли равно, направлена-ли

воля на продолжительное или на преходящее обладаніе вещью? Разъ воля сама по себѣ заслуживаетъ защиту, ее должно уважать одинаково какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ.

3. Сколько далѣе непонятнаго въ самой теоріи владѣнія! Почему вещь, изъятая изъ оборота, не можетъ быть объектомъ владѣнія, почему у подвластнаго сына нѣтъ иска, почему беззащитенъ держатель чужой вещи? Во всѣхъ этихъ случаяхъ воля, какъ таковая, такъ же неоспорима, какъ у вора и разбойника, и если для послѣднихъ принято, во имя природы воли, не возбуждать вопроса объ юридической природѣ отношенія ихъ къ вещи, почему не принято то же для этихъ случаевъ? Жалки тѣ мнимые доводы, которыми стараются прикрыть или устранить это явное противорѣчіе. Не всегда справедливо, что обладатель самъ знаетъ причину, исключающую въ его лицѣ юридическое владѣніе. Подвластный сынъ, который на основаніи достовѣрныхъ извѣстій о смерти своего отца, считаетъ себя pater familias, несомнѣнно, имѣетъ animus possidendi; тѣмъ не менѣе его интердиктъ будетъ отклоненъ, если противникъ докажетъ, что отецъ еще живъ. Я знаю случай, гдѣ одинъ торговецъ дровами питалъ увѣренность, что площадь, на которой онъ впродолженіе многихъ лѣтъ складывалъ свои дрова, принадлежитъ ему, а затѣмъ оказалось, что часть этой площади есть locus publicus; городское правленіе потребовало у него очистки площади и, получивъ отказъ, распорядилось убрать дрова. Здѣсь было на лицо несомнѣнное нарушеніе чужаго animus possidendi, тѣмъ не менѣе жалоба истца во владѣльческомъ порядкѣ была отклонена въ виду того доказаннаго факта, что вещь изъята изъ права владѣнія. Наслѣдникъ, не знающій, что наслѣдодатель лишь снималъ землю, навѣрно считаетъ себя собственникомъ и имѣетъ, конечно, animus possidendi или domini; но что̀ ему въ томъ пользы, если хозяинъ земли выяснитъ настоящее положеніе дѣла?

Но положимъ даже, что держатель знаетъ причину, исключающую въ его лицѣ юридическое владѣніе; я не вижу, что̀ должно отъ этого измѣниться, если только весь вопросъ заключается въ волѣ, какъ таковой? Почему лица, имѣющія, подобно фермеру или арендатору, право на обладаніе вещью,—

право, относительно защищаемое и передаваемое по наслѣдству, не могутъ требовать для своей воли, направленной на это обладаніе, того же признанія и той же защиты, какими пользуется прекаристъ, находящійся подъ вѣчнымъ страхомъ отмѣны сдѣлки, или пользующійся заложенной землей кредиторъ, который во всякое время можетъ быть устраненъ уплатой долга, или узуфруктуаръ, который не можетъ передать свое право наслѣдникамъ? Возраженіе, что они не имѣютъ желанія владѣть—не болѣе, какъ напрасная хитрость. Обыкновенно у нихъ не бываетъ ни малѣйшаго представленія о разницѣ между держаніемъ и юридическимъ владѣніемъ, ихъ желаніе владѣть ничѣмъ не отличается отъ желанія всѣхъ другихъ лицъ, указанныхъ выше. Но вотъ еще возраженіе: они не должны имѣть этого желанія. Если такъ, то причина, почему за ними не признается владѣніе, лежитъ не въ ихъ волѣ, а въ постановленіи закона; не потому лишены они права владѣнія, что у нихъ нѣтъ воли, а у нихъ отрицаютъ волю, потому что право не признаетъ за ними владѣнія.

Брунсъ (494) для объясненія хочетъ воспользоваться той мыслью, что ссуда и наемъ не даютъ ни вещнаго права на вещь, ни, слѣдовательно, непосредственнаго господства надъ нею. Но я спрошу: есть у прекариста вещное право? У него нѣтъ даже относительнаго права, которымъ надѣленъ фермеръ; прекаріумъ можетъ быть отнятъ у него во всякое время. Тѣмъ не менѣе онъ—юридическій владѣлецъ! Представимъ себѣ, что римское право умолчало о владѣніи этихъ двухъ лицъ — и я желалъ бы знать, возмется-ли кто изъ идеи свободы и неприкосновенности воли вывести нѣчто, подобное созданному?

Фермеръ по римскому праву лишенъ владѣльческой защиты; это положеніе имѣло силу въ Римѣ въ первое время и по отношенію къ арендаторамъ agri vectigales, пока они, по преторскому эдикту, не получили и петиторную, и владѣльческую защиту. Связано-ли было это нововведеніе съ ихъ волей? Произошла-ли съ послѣдней такая перемѣна, что заставила претора признать этихъ лицъ владѣльцами? Съ трудомъ вѣрится, чтобы арендаторъ ager vectigalis имѣлъ иную волю, чѣмъ всякій другой фермеръ.

Въ предыдущемъ изложеніи я имѣлъ въ виду лишь глав-

ныхъ защитниковъ оспариваемаго мною взгляда, и меня не заставятъ, вѣроятно, перечислять всѣ тѣ разновидности и оттѣнки, въ формѣ которыхъ онъ возродился у новѣйшихъ писателей [47]). Лишь для одного Виндшейда я считаю необходимымъ сдѣлать исключеніе, ибо у него вышеизложенная мысль получила такое выраженіе, которое значительно отклоняется отъ ходячаго. „Каждый въ государствѣ равенъ другому, говоритъ онъ въ своихъ Пандектахъ (I стр. 365), никто не долженъ возвышаться надъ другимъ. Каждая воля, которая находитъ во владѣніи свое практическое осуществленіе, вполнѣ независимо отъ правомѣрности своего содержанія, уже какъ таковая, уважается ровно столько же, сколько каждая другая единичная воля, стремящаяся подчинить себѣ вещь; если другая единичная воля хочетъ поставить на своемъ, то должна обратиться за рѣшеніемъ къ органамъ правоваго порядка, установленнымъ государствомъ". Но на чемъ покоятся побудительные мотивы такого обращенія, если одна воля уважается ровно столько, сколько другая? На самомъ дѣлѣ здѣсь, какъ и всюду, гдѣ воля вступаетъ въ борьбу съ волей, сила съ силой—дѣло рѣшается перевѣсомъ силы. Но, быть можетъ, не лишено вѣса указаніе со стороны прежняго владѣльца на то, что онъ осуществлялъ свою силу прежде, и что продуктъ его силы долженъ быть уваженъ? Если, присвоивая вещь, онъ имѣлъ на своей сторонѣ право, то—да; если же нѣтъ, если, напримѣръ, разбойникъ, у котораго вещь отнята другимъ, болѣе сильнымъ разбойникомъ, ссылается лишь на свое владѣніе, т.-е. на фактъ осуществленія своей силы, то противникъ имѣетъ возможность выставить противъ него точно такой же доводъ, ибо фактъ говоритъ въ данный моментъ за него. Разъ владѣніе поставлено чисто на почву фактической воли и порвана всякая связь его съ правомъ — оно становится наградой для силы, для того, кто окажется крѣпче, и напрасны старанія помощью положеній, заимствованныхъ у права, какъ, напримѣръ: in pari conditione conditio possidentis melior est, устранить то неизбѣжное слѣдствіе, что силу побѣждаетъ сила. При помощи одной фактической воли нѣтъ возможности построить вла-

---

[47]) Относительно мнѣнія Ленца, Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen 1860, см. Виндшейдъ, Pandekten, § 150, Anm 1.

дѣніе. Воля, которая ставитъ себя въ противорѣчіе къ праву, не можетъ требовать защиты, и если право нашло себя вынужденнымъ дать ей таковую во владѣніи, то причину этого слѣдуетъ искать не въ волѣ, а въ чемъ-то другомъ.

V.

Абсолютныя теоріи (продолженіе).

2. Теорія Сталя.

По Сталю [48]) владѣніе обязано своимъ правовымъ значеніемъ самому себѣ. Его мнѣніе, стало быть, принадлежитъ къ числу абсолютныхъ.

„Владѣніе, равно какъ и собственность, служитъ общей цѣли обладанія: удовлетворенію человѣческихъ потребностей чрезъ посредство вещей. Поэтому прилично и его надѣлить юридической защитой, но только другаго рода, чѣмъ защита собственности, именно не охраной самой вещи, направленной, слѣдовательно, противъ каждаго, у кого ни окажется вещь, но охраной фактическаго состоянія, направленной лишь противъ того, кто нарушаетъ это состояніе (своимъ положительнымъ поступкомъ, т.-е. преступленіемъ). Цѣль владѣльца—сохранить фактическое состояніе вещей. Институтъ владѣнія служитъ для временнаго и вспомогательнаго регулированія того же житейскаго отношенія, настоящая и окончательная установка котораго есть не что иное, какъ институтъ собственности. Вотъ почему владѣніе должно стоять въ постоянной связи съ собственностью“.

Основаніе защиты владѣнія лежитъ, стало быть, по мнѣнію Сталя, въ томъ экономическомъ значеніи для цѣлей

---

[48]) Die Philosophie des Rechts, т. 2, отд. 1, стр. 364 сл., изд. 2.

оборота, котораго не лишено и простое обладаніе. Такое значеніе для единичнаго владѣльца неоспоримо; экономическое употребленіе, которое владѣлецъ можетъ сдѣлать и дѣлаетъ изъ вещи, нисколько не зависитъ отъ того, будетъ-ли онъ управомоченъ или нѣтъ; если вещь у него отнята— онъ экономически страдаетъ. Но точка зрѣнія одного экономическаго интереса для права недостаточна. Къ этому интересу должно присоединиться еще одно основаніе, которое бы дало лицу право требовать юридической защиты. Гдѣ нѣтъ этого момента — право отказываетъ въ защитѣ, интересъ остается лишь фактическимъ; гдѣ онъ есть—тамъ законъ даетъ защиту и тѣмъ самымъ поднимаетъ простой интересъ на степень права. Что касается отношенія лица къ вещи, то римское право связало эту защиту съ понятіемъ собственности, т.-е. съ доказательствомъ тѣхъ условій, которыя введены теоріей, какъ способы пріобрѣтенія собственности. Задача, цѣль права — осуществлять то фактическое состояніе, которое соотвѣтствуетъ правовому понятію собственности, охранять за собственникомъ владѣніе. Понятно, что законъ, въ видахъ общественнаго порядка, станетъ запрещать всякое произвольное нарушеніе фактическаго состоянія вещей—и это будетъ такая же полицейская мѣра, какъ, напримѣръ: запрещеніе нарушать ночное спокойствіе; но изъ этого никакъ не слѣдуетъ, что въ случаѣ нападенія собственника на владѣльца, правовой споръ, въ которомъ отношенія обѣихъ лицъ могли бы быть опредѣлены окончательно, долженъ быть направленъ лишь на одно фактическое состояніе, причемъ предполагается вмѣсто окончательнаго, лишь предварительное рѣшеніе спора, ибо собственнику отрѣзывается доступъ къ ссылкѣ на его собственность. Надъ интересомъ сохраненія простаго фактическаго состоянія стоитъ интересъ возстановленія праваго порядка, и если полиція, ограничиваясь исключительно первою цѣлью, остается вѣрной своей задачѣ, то далеко не согласно съ задачей судьи изъ уваженія къ простому факту отказывать во вниманіи праву. Сталь замѣтилъ это самъ, почему и видитъ въ неопровержимой ссылкѣ на собственность, допущенной нѣмецкой процессуальной практикой противъ владѣльческихъ исковъ—шагъ впередъ въ развитіи идеи владѣнія, тогда какъ это нововведеніе,

если бы оно было достаточно основательно, чего на самомъ дѣлѣ не было, явило бы собой полнѣйшее отреченіе отъ римской идеи владѣнія. А въ нашемъ вопросѣ рѣчь идетъ о римскомъ, а не о любомъ самодѣльномъ понятіи владѣнія.

Есть въ римскомъ ученіи о владѣніи еще одинъ вопросъ, который, оказавшись роковымъ для многихъ другихъ попытокъ, не мирится и съ мнѣніемъ Сталя; это—вопросъ о противоположности между юридическимъ владѣніемъ и держаніемъ. Если владѣльческая защита имѣетъ своимъ основаніемъ и цѣлью сохраненіе фактическаго состоянія, то почему римское право ограничиваетъ защиту однимъ юридическимъ владѣльцемъ? Съ точки зрѣнія экономическаго интереса личности интересъ арендатора и фермера важенъ не менѣе интереса вора и разбойника; съ точки зрѣнія философско-правоваго мотива, приписываемаго институту владѣнія, именно того мотива, что цѣль имущества — служить человѣческимъ потребностямъ, — вещь въ рукахъ одного служитъ этой своей цѣли не меньше, чѣмъ въ рукахъ другаго. Такимъ образомъ обѣ характеристическія черты римскаго ученія о владѣніи—исключеніе изъ владѣльческаго процесса вопроса о правѣ и различіе между юридическимъ и фактическимъ владѣніемъ — остаются съ точки зрѣнія Сталя неразрѣшимыми загадками.

Между тѣмъ стоило ему сдѣлать еще шагъ и онъ бы попалъ на настоящую дорогу! Стоило ему прослѣдить дальше за идеей, имъ же самимъ намѣченной, за идеей постоянной связи владѣнія съ собственностью, и она скоро довела бы его до цѣли. Но идея эта блеснула у него, какъ молнія, какъ минутное предчувствіе истины и замерла безслѣдно. Таково вообще свойство этого великаго ума: мысли нерѣдко толпятся въ немъ, спѣшатъ торопливо одна за другою, и рядомъ съ идеями, которыя самъ авторъ выдаетъ за цѣлесообразныя, которыя старается обосновать, мелькаютъ зародыши совершенно инаго рода мыслей.

VI.

Владѣніе, какъ одно изъ положеній собственности.

Неполнота защиты собственности безъ защиты владѣнія.

Я обращаюсь теперь къ изложенію своего собственнаго взгляда и свожу его къ слѣдующему положенію: защита владѣнія, какъ реальности собственности, есть необходимое дополненіе защиты собственности,—облегченіе доказыванія, предназначенное для собственника, но по необходимости служащее на пользу и несобственнику.

Мысль поставить владѣніе въ связь съ собственностью, какъ показало предыдущее изложеніе,—мысль не новая.

Владѣніе есть „выраженіе собственности во внѣ", „собственность предполагаемая, возможная, начинающаяся", владѣніе стоитъ „въ постоянной связи съ собственностью". Самъ Савиньи, какъ ни мало въ остальномъ раздѣлялъ онъ это мнѣніе, призналъ за нимъ долю истины, причемъ самая идея осталась, вѣроятно, не безъ вліянія на его открытіе animus domini. Но способъ, какимъ до сихъ поръ пытались обосновать эту связь, на мой взглядъ, неудовлетворителенъ, что̀ и заставляетъ меня пойти въ дальнѣйшемъ по иной дорогѣ.

Эта новая попытка на первыхъ же порахъ встрѣчаетъ, повидимому, препятствіе въ тѣхъ положеніяхъ, которыми римскіе юристы отвергаютъ всякое смѣшеніе владѣнія съ собственностью. Nihil commune habet proprietas cum possessione, говоритъ Ульпіанъ въ l. 12 § 1 de poss. (41.2); permisceri causas possessionis et usufructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent, говорится у Венулея въ l. 52 pr. ibid., а въ l. 1 § 2 uti poss. (43.17) Ульпіанъ выставляетъ такой мотивъ введенія interdicti uti possidetis: quod separata esse debet possessio a proprietate. Но въ какомъ смыслѣ употреблены эти выра-

женія? Въ томъ смыслѣ, который ничѣмъ не затрогиваетъ нашего взгляда, именно въ смыслѣ практической или догматической самостоятельности владѣнія относительно собственности. Въ вопросѣ о владѣніи право не играетъ никакой роли, во владѣльческомъ процессѣ всякое касательство вопроса о собственности принципіально исключено — къ этому результату приходимъ и мы. Но совершенно другой вопросъ составляетъ законодательная или философско-правовая связь обоихъ институтовъ; объ этомъ вопросѣ, едва-ли гдѣ [49]) затронутомъ римскими юристами, и идетъ рѣчь въ настоящемъ случаѣ.

Защита собственности требуетъ защиты владѣнія; послѣдняя есть необходимое дополненіе римской системы собственности.

Никто не дальше меня отъ мысли видѣть въ римской системѣ собственности единственную, практически или логически, правильную форму отношенія человѣка къ вещи; но разъ гдѣ-нибудь эта система вошла въ силу, для полноты ея, на мой взглядъ, безусловно необходима защита владѣнія.

Я могу себѣ представить правовой порядокъ, построенный на одномъ владѣніи, т.-е. такой, гдѣ обладатель вещи защищенъ владѣльческими и деликтными исками лишь противъ того, кто врывается непосредственно въ его отношеніе къ вещи, но не имѣетъ rei vindicatio противъ третьихъ лицъ,—тогда юридическое положеніе всѣхъ вещей было бы такимъ, какое на самомъ дѣлѣ установилось повсюду для одной изъ важнѣйшихъ категоріи вещей—для денегъ. Но я не могу вообразить себѣ практически возможнымъ состояніе, которое было бы основано исключительно на римской собственности безъ защиты владѣнія, иными словами, гдѣ всякое вторженіе въ область отношенія къ вещи пришлось бы отражать доказываніемъ собственности [49a]).

---

[49]) Единственное исключеніе можно видѣть въ неполной фразѣ Нервы, приведенной въ l. 1 § 1 de poss.: dominium rerum ex naturali possessione coepisse.

[49a]) Арндтсъ, въ Zeitschr. für. Civilr. und Process. N. F. III, стр. 414, думаетъ иначе: „Правовая система, которая простому владѣнію, какъ таковому, не даруетъ правовой защиты, будетъ во всякомъ случаѣ страдать чувствительными пробѣлами, но достиженіе цѣли собственности, если только иски о собственности останутся, не будетъ однако невозможно".

Посмотримъ, къ чему привела бы подобная система. При каждомъ нарушенiи владѣнія собственникъ долженъ былъ бы ссылаться, вмѣсто владѣнія, на свою собственность, приводить при этомъ, если понадобится, доказательства послѣдней, между прочимъ и въ случаѣ воровства или damnum injuria datum, и законность его иска, будь это даже cond. furtiva или act. legis Aquiliae, зависѣла бы отъ доказательствъ его собственности. Не значило-ли бы это поставить въ беззащитное положенiе всякаго, кто не въ состоянiи доказать свою собственность?

Но мнѣ возразятъ, что римское право на самомъ дѣлѣ связало названные деликтные иски съ доказыванiемъ собственности; condictio furtiva, несомнѣнно, давалось лишь собственнику [50]), а lex Aquilia надѣлялъ искомъ по поводу damnum injuria datum одного лишь herus, т.-е. dominus [51]). Совершенно вѣрно! Но слѣдуетъ-ли изъ этого, что истецъ долженъ былъ доказывать свою собственность? Это слѣдствiе кажется до того необходимымъ, что мой вопросъ производитъ впечатлѣнiе quaestio Domitiana; между тѣмъ я не только считаю его серьезнымъ, но и отвѣчаю на него отрицательно безъ всякихъ колебанiй. Ошибоченъ тотъ распространенный взглядъ, что истецъ долженъ будто бы доказывать наличность всѣхъ тѣхъ положительныхъ условiй своего иска, о которыхъ упоминается въ нашихъ источникахъ, и что поэтому фактическiя обстоятельства дѣла и доказательства должны всегда взаимно покрываться. Истцу помогаетъ презумпцiя лишь относительно отрицательныхъ условiй, именно препятствiй для его права, напр., относительно вопроса о непрiобрѣтаемости вещи путемъ давностнаго владѣнія или о bona fides въ послѣднемъ. Но сдѣлаемъ опытъ съ этой аксiомой. Условiе займа (mutuum) есть право собственности на денежные знаки [52]); согласно предыдущему воззрѣнiю, истецъ по condictio ex mutuo долженъ бы доказывать свое право собственности. Можетъ-ли кто серьезно думать, что римскiй судья потребуетъ такое безсмысленное доказыванiе? Къ чему же, спросятъ, это условiе, если на

[50]) l. 1 de cond. furt (13.1): in re furtiva soli domino condictio competit.

[51]) l. 11 § 6 ad leg. Aq. (9.2): Legis autem Aquiliae actio hero competit i. e. domino.

[52]) l. 2 § 4 de R. Cr. (12.1).

него не обращали вниманія? Напротивъ, на него обращали вниманіе, только это дѣлалось не для истца, а для отвѣтчика; иными словами, въ условіи видѣли начало косвеннаго противодоказыванія. Истцу достаточно доказать, что онъ далъ деньги; если отвѣтчикъ станетъ оспаривать обязательную силу mutuum, ссылаясь на несостоявшуюся передачу собственности—его дѣло привести этому доказательства [53]). Не для злоупотребленій было оставлено за нимъ право на это возраженіе, которое устранялось бы уже тѣмъ фактомъ, что разъ занятая сумма истрачена, то право собственности перешло въ чужія руки; [54])—нѣтъ. Сказанное возраженіе принадлежало должнику на тотъ случай, когда чужія деньги, врученныя ему истцомъ, были истребованы отъ него ихъ настоящимъ собственникомъ [55]). Если бы переходъ собственности не требовался, mutuum даже въ послѣднемъ случаѣ было бы безусловно обязательно, и въ древнемъ правѣ, которое, какъ извѣстно, не знало эксцепцій, отвѣтчикъ, въ виду наличности условій mutuum, былъ бы присужденъ къ уплатѣ. Подъ условіемъ собственности, стало быть, скрывалось не что иное, какъ родъ эксцепціи, разсчитанной на совершенно особый случай и дарованной отвѣтчику древнимъ правомъ ipso jure [56]).

Точно такой же смыслъ имѣло требованіе собственности и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, напр., въ legatum per

---

[53]) arg. l. 13 § 1 ibid. admonitus (creditor) alienos nummos fuisse.

[54]) l. 11 § 2, l 13 de R. Cr. (12.1), l. 56 § 2 de fidej. (46.1).

[55]) См. примѣръ въ l. 1 § 1 de stip. serv. (45.3).... nummi tui manebunt, vindicando ergo eam pecuniam tu consequi potes. См. также l. 15 i. f. de reb. dub. (34.5).

[56]) Подробное изслѣдованіе этой древней процессуальной формы защиты см. въ моемъ „Духѣ римскаго права“, III. стр. 65 сл., гдѣ я воспользовался тѣмъ же, что и здѣсь, примѣромъ. Другой примѣръ, котораго я тамъ не привелъ, заключается въ принципѣ, по которому наслѣдникъ или вообще всякое лицо, обязанное легатами, отвѣчаетъ передъ легатаріями лишь въ объемѣ того, что оно само получило изъ наслѣдства (l. 1 § 17 ad sc. Trebell 36.1. l. 114 § 3 de leg. I (30). По смыслу положенія: neminem oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenerit, легатарій долженъ бы приводить доказательства тому, что наслѣдства хватитъ для выплаты легатовъ,—легатарій, у котораго нѣтъ ровно никакихъ свѣдѣній о наслѣдствѣ! Но подъ этой формулой скрывается не что иное, какъ эксцепція, которую наслѣдникъ вправѣ былъ привесть въ свое оправданіе, но обязанъ былъ доказать: arg. l. 70 § 1 de leg. II (31): non est audiendus si velit computare.

vindicationem [57]). Для законности этого легата требовалось, чтобы завѣщатель былъ собственникомъ вещи [58]). Если бы подъ этимъ подразумѣвалось, что легатарій, у котораго въ рукахъ не было никакихъ документовъ, долженъ приводить доказательства наслѣднику, который одинъ только и могъ обладать необходимыми для этого данными, то легаты въ большинствѣ случаевъ оставались бы мертвой буквой. Цѣль этого правила заключалась единственно въ томъ, чтобы предоставить наслѣднику оффиціальное возраженіе: завѣщатель-де отказалъ вещь, ему не принадлежавшую; но недостаточно было выставить это возраженіе,—его нужно было еще доказать.

Въ такомъ же точно смыслѣ для законности юридической сдѣлки, заключенной рабомъ за хозяина, требуетъ римская юриспруденція права собственности на раба. Или, быть можетъ, думаютъ, что стоило только придирчивому отвѣтчику усумниться въ правѣ собственности истца, и этому послѣднему приходилось доказывать по установленной формѣ? Тогда то же самое должно бы имѣть мѣсто и въ ноксальныхъ искахъ, такъ какъ и эти послѣдніе направлялись противъ dominus [58a]). Нѣтъ никакого сомнѣнія, что такое доказываніе не требовалось, а собственникомъ считался простой владѣлецъ раба,—фактическій собственникъ, по моему опредѣленію [58b]). Исключаются лишь заимодавецъ по залогу и прекаристъ, licet enim juste possideant, non tamen opinione domini possident, какъ говорится въ l. 22 § 1 ibid., т.-е. потому, что они не ведутъ себя какъ собственники. Значитъ, не убѣжденіе въ своемъ правѣ (ибо и malae fidei possessor пользуется искомъ, l. 13 cit.), а одно лишь поведеніе какъ собственника,—вотъ что̀ требуется отъ dominus. Такъ, при стипуляціи рабовъ, хозяинъ, безъ дальнѣйшихъ доказательствъ, считался собственникомъ; доказать же несостоятельность сдѣлки путемъ опроверженія собственности было дѣло отвѣтчика. Юстиніанъ пошелъ еще дальше и вовсе лишилъ отвѣтчика права на подобное опроверженіе,

---

57) И объ этомъ высказалъ я свое мнѣніе въ ук. соч. II, стр. 350, 351.

58) Gaj. II. 196.

58a) См. выраженіе XII таблицъ въ l. 2 § 1 de nox. act (9.4): si servus sciente domino etc. и многія мѣста того же титула, гдѣ говорится о dominus.

58b) l. 28 ibid. ipso jure noxalis actio contra eum competit.

признавъ за письменными стипуляціонными актами по вопросу о принадлежности раба и стцубезусловную силу [59]).

Приведенные примѣры, число которыхъ мнѣ не трудно было бы умножить фактами изъ другихъ областей права, укажутъ намъ, быть можетъ, исходную точку для рѣшенія вопроса, какой смыслъ могло имѣть требованіе собственности въ cond. furtiva и act. legis Aquiliae. На мой взглядъ, оно имѣло лишь тотъ смыслъ, что давало отвѣтчику возможность уклониться отъ иска [60]), доказавъ, что вещь принадлежитъ не истцу, а кому-нибудь другому. Отвѣтчикъ по этимъ искамъ, доказывая, что вещь принадлежитъ не истцу, а кому-нибудь другому, поступалъ точно такъ же, какъ отвѣтчикъ по act. furt., который могъ уклониться отъ иска, доказавъ, что истецъ самъ укралъ вещь у кого-нибудь [61]).

Я склоненъ думать, что этотъ взглядъ, именно потому, что онъ не высказанъ прямо въ источникахъ, не встрѣтитъ снисхожденія въ глазахъ тѣхъ, которые для каждаго выводимаго положенія требуютъ непосредственныхъ (почерпнутыхъ изъ источниковъ) доводовъ; мнѣ не очень покажется страннымъ, если студентъ въ своемъ упражненіи заставитъ истца по actio mutui, по condictio furtiva или actio legis Aquiliae доказывать право собственности, оспариваемое отвѣтчикомъ. Но я считаю невозможной подобную ошибку со стороны практика-юриста, и, напротивъ, убѣжденъ въ томъ, что помимо моей теоріи онъ самъ дастъ приложеніе тому принципу, который высказанъ въ ст. 2230 Кодекса Наполеона: on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé á posséder pour un autre [62]).

---

59) l. 14. Cod. de cont. stip. (8.38)..... Tales scripturas omnifariam esse credendas.

60) Безразлично для насъ то обстоятельство, что по поводу damnum injuria datum позднѣе стали надѣлять даже bonae fidei possessorem искомъ in factum т.-е. самостоятельнымъ правомъ, противъ котораго опроверженіе было безсильно: l. 11 § 8 ad. leg. Aq. (9.2).

61) l. 12 § 1 de furt. (47.2).

62) См. также ст. 2279: en fait de meubles la possession vaut titre. Презумпція posséder pour soi была извѣстна и въ римской практикѣ. Доказательство см. у Павла, Sent. Rec. V. 1 § 2 sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam.

Что̀ же слѣдуетъ изъ всего сказаннаго для вопроса о владѣніи? На мой взглядъ вотъ что́: римское право даетъ cond. furtiva и act. legis Aquiliae собственнику, но облегчаетъ ему доказываніе тѣмъ, что довольствуется доводами простой реальности права собственности, т.-е. владѣнія,—впредь до доказательства противнаго, владѣлецъ считается собственникомъ.

Облегченіе, присвоенное этимъ искамъ собственнику относительно приведенія доказательствъ, повторяется и въ спорѣ о владѣніи. Разница между тѣми и другими исками лишь та, что въ первыхъ отвѣтчику была дана возможность, доказавъ чужую или свою собственность, опровергнуть доводы истца, въ послѣднихъ же эта возможность принципіально исключена. Это принципіальное исключеніе вопроса о собственности придаетъ владѣнію особый, ему только свойственный характеръ. Откуда же эта разница? Въ обоихъ вышеуказанныхъ искахъ, виновный, возвративъ украденную вещь предполагаемому собственнику или уплативъ стоимость причиненныхъ убытковъ, не освобождается тѣмъ самымъ отъ отвѣтственности передъ настоящимъ собственникомъ [63]), и это обстоятельство, не будь у отвѣтчика упомянутаго права на опроверженіе, угрожало бы ему опасностью двойной уплаты. Ничего подобнаго не грозитъ отвѣтчику во владѣльческомъ искѣ. Возвратъ владѣнія истцу, даже если послѣдній и несобственникъ, и прекращеніе дальнѣйшаго нарушенія ограждаютъ его отъ всякихъ исковъ, основанныхъ на его поступкѣ.

Согласно развитому здѣсь взгляду на защиту владѣнія, это послѣднее можно опредѣлить какъ позицію, какъ передовое укрѣпленіе собственности. Оно воздвигнуто не ради самого себя, а ради собственности. Во владѣніи собственникъ защищается отъ первыхъ аттакъ, направленныхъ на его право. На этомъ пунктѣ происходитъ не рѣшительный бой о собственности, а простая стычка, схватка аванпостовъ, для которой, если я въ правѣ продолжать сравненіе, не нужно тяжелаго оружія, а достаточно легкаго.

---

[63]) L. 76 § 1 de furt. (47.2)... cum posteriore fure dominus furti agere potest, fur prior non potest — sed et condictionem (habet), quia ex diversis factis tenentur.

противъ воровъ и разбойниковъ не пускаютъ въ дѣло орудій.

Ради собственности, стало быть, введена защита владѣнія. Но нѣтъ возможности примѣнить ее къ собственнику, не сдѣлавъ ей въ то же время причастнымъ и несобственника. Ибо, если доказываніе собственности, требуемое обыкновенно сводится на степень доказыванія простой реальности этого права, то такое облегченіе обращается на пользу всякаго, кто докажетъ въ своемъ лицѣ это условіе. Такимъ образомъ владѣніе пріобрѣтаетъ по отношенію къ собственности ту самостоятельность и независимость, которыя даются ему возможностью—вмѣсто того, чтобы служить исключительно собственности, обращаться даже противъ нея. Ту же услугу, какую оказываетъ владѣніе владѣющему собственнику, оказываетъ оно и владѣющему несобственнику въ борьбѣ послѣдняго даже противъ невладѣющаго собственника [63a]).

Правильное пониманіе этого отношенія составляетъ, въ моихъ глазахъ, настоящій punctum saliens всего ученія о владѣніи. Если принять его за нормальный видъ владѣнія, то поневолѣ придется вернуться къ вышеизложеннымъ теоріямъ, которыя ищутъ цѣли владѣнія въ немъ самомъ; если же, напротивъ, видѣть вмѣстѣ со мной цѣль владѣнія въ облегченіи доказыванія, даруемомъ собственнику, то это отношеніе предстанетъ передъ нами лишь какъ простая придача, которую приходится брать съ покупкой. Для защитниковъ мнѣнія, оспариваемаго мною, это отношеніе есть цѣль владѣнія, для меня оно—печальное, но неизбѣжное слѣдствіе послѣдняго,—цѣна, которою законъ покупаетъ для собственника облегченную защиту его собственности.

Поразительна параллель, которую можно провести между владѣніемъ и бумагами на предъявителя. Послѣднія обязаны своимъ существованіемъ тому же стремленію упростить и облегчить доказываніе, въ которомъ я усматриваю послѣднее основаніе владѣльческой защиты. Качество лица, какъ кредитора, доказывается простымъ предъявленіемъ докумен-

---

[63a]) l. 4 § 26 de (41.3) si dominus fundi possessorem vi dejecerit...., interdicto unde vi restituturus sit possessionem.

та; но та же выгода доставляется этимъ не только настоящему кредитору, но вору и разбойнику. И здѣсь, стало быть, учрежденіе, созданное въ интересахъ настоящаго управомоченнаго, обращается противъ него, ибо даетъ возможность лицу неуправомоченному реализировать право перваго на его же счетъ. Однако, кто на основаніи этого рѣшится утверждать, что цѣль бумагъ на предъявителя— дать ворамъ и разбойникамъ возможность дешево пріобрѣтать цѣнныя бумаги? Для всѣхъ тутъ очевидно то различіе, которое слѣдуетъ полагать между преднамѣренными и непреднамѣренными со стороны законодателя, но неизбѣжными слѣдствіями института [64]). На практикѣ это различіе, правда, не имѣетъ никакого значенія, т.-е. и тѣ и другія слѣдствія института пользуются одинаковой защитой. Но если вслѣдъ за вопросомъ: что́ повелѣваетъ законъ? поставить вопросъ: почему онъ такъ повелѣваетъ?—короче, если подняться до законодательныхъ или философско-правовыхъ мотивовъ иститута, то это различіе заявляетъ себя съ такой силой, что всякій, кто не приметъ его во вниманіе, рискуетъ впасть въ самыя грубыя ошибки и приписать законодателю самые нелѣпые планы. Пока будетъ оставаться справедливымъ положеніе, что человѣческія учрежденія на ряду съ выгодами, которыя для нихъ поставлены цѣлью, несутъ съ собою часто неудобства и невыгоды, съ которыми приходится мириться, если дорожить цѣлымъ,—до тѣхъ поръ историкъ или юристъ, который захочетъ судить о смыслѣ учрежденія, долженъ будетъ руководиться въ своихъ приговорахъ той точкой зрѣнія, на которую сталъ Цицеронъ, оцѣнивая римскій трибунатъ. Fateor in ipsa ista potestate, говоритъ онъ въ своемъ сочиненіи de legib. III c. 10, inesse quiddam mali, sed bonum, quod est quaesitum in ea, sine isto malo non haberemus.

---

[64]) Я развиваю въ настоящемъ изданіи тотъ взглядъ, который я намѣтилъ въ первомъ. Я думалъ, что достаточно будетъ его высказать и подкрѣпить тѣмъ поразительнымъ примѣромъ, который я привелъ въ текстѣ, — и онъ будетъ признанъ справедливымъ, а вмѣстѣ съ нимъ будутъ оправданы и выводимыя изъ него соображенія относительно правовыхъ институтовъ. Позднѣе опытъ убѣдилъ меня въ томъ, что это была ошибка съ моей стороны, и что никогда не лишне развить даже ту истину, которая, на взглядъ автора, очевидна.

Практическая цѣнность учрежденія опредѣляется не количествомъ выгодъ, которыя оно приноситъ, а отношеніемъ между выгодами и невыгодами, перевѣсомъ первыхъ надъ вторыми, и эта точка зрѣнія должна быть руководящей не только для законодателя, но и для историка, и для юриста-философа.

Если этотъ послѣдній, сообразно сказанному, захочетъ счесть выгоды за преднамѣренныя слѣдствія института, а невыгоды за непреднамѣренныя, но неизбѣжныя его результаты, то никто изъ здравомыслящихъ людей не станетъ оспаривать у него на это право и не свяжетъ его условіемъ—привести для оправданія своего дѣленія точныя указанія законодателя. Какъ недоступно было бы правильное пониманіе законодательно-политическаго смысла большинства институтовъ, если бы оно обусловливалось такими внѣшними указаніями! Который изъ новыхъ законовъ указываетъ намъ на соотношеніе двухъ вышеупомянутыхъ сторонъ института бумагъ на предъявителя? Это одинъ изъ тѣхъ вопросовъ, ставить и рѣшить которые должна наука, т.-е. сознательное сужденіе о жизненныхъ отношеніяхъ и цѣляхъ гражданскаго оборота. Судитъ-ли наука въ данномъ единичномъ случаѣ правильно — объ этомъ можно съ ней поспорить, но оспаривать у ней право на самое сужденіе— значитъ вообще не давать ей права ни на что, кромѣ повторенія словъ закона. Если все мое разсужденіе о владѣніи назовутъ произвольнымъ въ виду того, что до сихъ поръ я не привелъ въ подтвержденіе своей мысли еще ни одного текста источниковъ, если, въ противоположность моему взгляду, сочтутъ за болѣе удобное вернуться къ слѣдующему разсужденію: владѣніе вора защищается нашимъ положительнымъ правомъ наравнѣ съ владѣніямъ честнаго человѣка и господствующее ученіе можетъ основывать свою владѣльческую теорію съ такимъ же точно правомъ на владѣніи перваго, т.-е. на отвлеченномъ понятіи воли (ибо это понятіе есть не что иное, какъ право воровъ и разбойниковъ), съ какимъ я основываю свою — на владѣніи втораго,—то я готовъ буду на время уступить своимъ противникамъ. Но въ такомъ случаѣ посмотримъ, какъ станутъ они защищаться противъ слѣдующихъ разсужденій, составленныхъ по тому же рецепту.

Судебное рѣшеніе сохраняетъ свою силу и тогда, когда оно обращаетъ право въ неправо и неправо въ право; слѣдовательно, говорю я, цѣль судебнаго рѣшенія состоитъ въ томъ, чтобы изъ неправа дѣлать право и изъ права — неправо и подобно тому, какъ въ защитѣ воровскаго и разбойничьяго владѣнія видятъ торжество отвлеченной воли,— въ этомъ дѣйствіи судебнаго рѣшенія можно усматривать торжество судейскаго всемогущества, всепобѣждающую силу закона, который сокрушаетъ всякое сопротивленіе. Почему бы не говорить также о правѣ судьи распорядиться повѣшеніемъ безвиннаго человѣка и почему бы не избрать этотъ именно случай исходной точкой для изученія судейскихъ обязанностей? Но продолжимъ собираніе курьозовъ. Цѣль римскаго трибуната, скажемъ мы, было ниспроверженіе государства, ибо разъ veto трибуновъ могло сопровождаться такими послѣдствіями, мы вправѣ разсматривать ихъ какъ нѣчто, входившее въ планы законодатели, какъ цѣль института. Цѣль права помилованія — избавлять преступниковъ отъ заслуженнаго наказанія. Одна изъ цѣлей нѣмецкаго устава о векселяхъ—благопріятствовать поддѣлкѣ и кражѣ векселей, ибо по ст. 13 „каждый обладатель векселя имѣетъ право заполнить въ немъ мѣсто бланковой надписи", даже воръ, ибо по ст. 18 „простое обладаніе векселя уполномочиваетъ на его предъявленіе", а по ст. 36 „плательщикъ не обязанъ повѣрять подлинность бланковой надписи". Очевидно, нашъ нѣмецкій уставъ о векселяхъ смѣло пошелъ по той дорогѣ, которую проложило римское право своей защитой воровскаго и разбойничьяго владѣнія, и если посчитать при этомъ тѣ удобства, которыя доставилъ названнымъ лицамъ институтъ бумагъ на предъявителя, то можно подумать, что наше право поставило себѣ главной цѣлью сдѣлать жизнь разбойниковъ и воровъ на землѣ какъ можно пріятнѣе.

Между тѣмъ утвержденіе, что эти опредѣленія нашего новѣйшаго права созданы въ интересахъ лицъ неуправомоченныхъ, на мой взглядъ, ничуть не хуже господствующаго взгляда на защиту владѣнія. Оба они возводятъ на степень цѣли то зло, котораго законъ не могъ избѣгнуть, если хотѣлъ достигнуть собственно желаемаго. Какъ тутъ, такъ и тамъ интересъ доказыванія, стремленіе облег-

чить доказываніе, требуемое строгостью закона, создаетъ для неуправомоченныхъ возможность осуществлять свои притязанія. Ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ самъ законъ не высказывается относительно мотива и цѣли своихъ опредѣленій, но какъ тутъ, такъ и тамъ достаточно, я думаю, сознательнаго безпристрастнаго взгляда на дѣло, чтобы не остаться въ невѣдѣніи ни относительно цѣли, ни относительно неизбѣжныхъ послѣдствій института. Но какъ далеки мы еще отъ того, чтобы и на владѣніе усвоить себѣ тотъ безпристрастный взглядъ, который въ другихъ случаяхъ такъ скоро и невольно приводитъ насъ къ истинѣ. Каждый изъ насъ выросъ въ томъ ложномъ убѣжденіи, что идея владѣнія достигаетъ своей настоящей высоты въ лицѣ вора и разбойника; не много во всей нашей наукѣ убѣжденій, которыя вошли бы въ нашу плоть и кровь такъ, какъ это, и которымъ бы софистика съумѣла бы придать такой же наружный видъ истины.

Я не обольщаю себя надеждой, что способъ пониманія, до такой степени вкоренившійся въ умы, можетъ быть исторгнутъ только при помощи вышеизложенныхъ доводовъ, — ни мыслью о необходимости разграниченія между преднамѣренными и непреднамѣренными послѣдствіями института, ни ссылками на паралельные примѣры изъ нашего новѣйшаго права,—ссылками на то зло, которымъ сопровождается облегченіе доказыванія, введенное въ интересахъ управомоченныхъ, но узаконяющее и дѣйствія неуправомоченныхъ. Ибо моимъ противникамъ все еще остается исходъ: признать умѣстнымъ такое различіе въ принципѣ и въ перечисленныхъ случаяхъ современнаго права, но оспаривать приложимость его ко владѣнію. Я принимаю это возраженіе, но думаю, что мнѣ удастся закрыть передъ ними и этотъ выходъ, и не какими-нибудь общими мотивами,—они бы здѣсь принесли мало пользы,—но положительными указаніями римскаго права. Пусть оно рѣшаетъ.

Извѣстно, что римскіе юристы никогда почти не высказываются относительно законодательной цѣли института, и въ нашемъ вопросѣ напрасно искали бы мы подобнаго рода объясненія. Но, взамѣнъ этого, наши источники представляютъ намъ два довода, которые косвенно доказываютъ правильность моего взгляда. Одинъ изъ нихъ (отношеніе

interd. retinendae possessionis къ собственности) я долженъ оставить до позднѣйшаго изложенія (VII), другой же приведу здѣсь. Я замѣтилъ выше (прим. 45), что римское право отказываетъ вору, разбойнику, вообще недобросовѣстному владѣльцу въ личныхъ искахъ по поводу тайнаго или насильственнаго захвата, или поврежденія чужихъ вещей, которыми они владѣли. Тѣмъ не менѣе законъ даруетъ имъ владѣльческую защиту. Какъ же согласить эти два факта: одно и то же лицо разъ признается достойнымъ защиты, другой разъ—нѣтъ? Если непостижимое ученіе о томъ, что воля вполнѣ самостоятельна, что она воплощается во владѣніи и тѣмъ осуществляетъ свое неотъемлемое право, — въ силахъ поднять владѣніе вора на степень отношенія, достойнаго защиты, то почему это отношеніе не защищается деликтными исками точно такъ же, какъ оно защищается исками о владѣніи? Если воръ говоритъ: „противникъ отнялъ у меня владѣніе" — его защищаютъ; если онъ говоритъ: „онъ укралъ у меня вещь" — ему отказываютъ. Мнѣ хотѣлось бы знать, въ состояніи-ли сторонникъ ходячихъ теорій дать на это удовлетворительный отвѣтъ? Что касается меня, то я не затруднюсь нисколько. Защита владѣнія введена ради честныхъ людей, точно такъ же какъ и облегченная процедура доказыванія, выразившаяся въ бумагахъ на предъявителя, но въ силу необходимости приходится надѣлять ею и людей нечестныхъ, ибо, выгораживая послѣднихъ, пришлось бы касаться того именно вопроса, который желательно исключить въ видахъ сокращенія дѣла, — вопроса о правѣ владѣльца. Допустивъ вопросъ о правѣ, мы лишили бы собственника всего того облегченія, которое предназначена доставлять ему владѣльческая защита, — искъ о владѣніи превратился бы для него въ искъ о правѣ. Но лучше даровать благодѣяніе закона въ видѣ исключенія недостойному, чѣмъ, опасаясь послѣдняго, отказывать и достойному.

„Въ видѣ исключенія" говорю я и поясню это слѣдующимъ образомъ. Въ теоріи владѣнія правомѣрный и неправомѣрный владѣлецъ стоятъ на одномъ и томъ же уровнѣ: ни тотъ, ни другой не составляютъ ни правила, ни исключенія. Въ жизни дѣло представляется иначе. Если сравнить случаи, гдѣ имѣетъ мѣсто нормальное отношеніе

собственности, т. е., гдѣ владѣніе находится въ рукахъ собственника или его уполномоченнаго, со случаями, гдѣ владѣетъ лицо неуправомоченное, то не останется сомнѣній, что эти послѣдніе случаи сравнительно съ первыми представляютъ лишь незначительныя исключенія. Кромѣ того большинство этихъ исключительныхъ случаевъ, именно тѣ, которые касаются движимыхъ вещей, не войдутъ въ статистику владѣльческихъ процессовъ, ибо въ нихъ иски о владѣніи обыкновенно замѣняются деликтными исками. Такимъ образомъ остаются всего одни недвижимыя вещи [65]). Теперь спросимъ себя, много-ли недвижимыхъ вещей можетъ находиться въ рукахъ неуправомоченныхъ? Я думаю, не больше сотой, быть можетъ, даже тысячной доли всѣхъ недвижимостей. Если такъ, то я вправѣ сказать, что полученный нами результатъ соотвѣтствуетъ развитой выше мысли, согласно которой защита владѣнія предназначена для собственника; ибо защитой пользуется обыкновенно настоящій собственникъ. Съ этой точки зрѣнія нельзя не одобрить теоріи, опредѣляющей владѣніе въ смыслѣ предполагаемой собственности,—громадное большинство поземельныхъ участковъ находится въ рукахъ настоящихъ собственниковъ. Единственный недостатокъ этой теоріи заключается въ томъ, что она видитъ въ статистическомъ моментѣ мнимое основаніе владѣльческой защиты, вмѣсто того, чтобы пользоваться имъ только какъ доводомъ.

Я постараюсь теперь собрать въ одно результаты сдѣланныхъ мною до сихъ поръ выводовъ, формулируя ихъ въ видѣ положеній; эта форма значительно облегчитъ задачу каждому, кто пожелаетъ провѣрить или опровергнуть мое мнѣніе. Я выставляю слѣдующія положенія:

1. Охраненіе за ворами и разбойниками мирнаго пользованія неправомѣрно-добытымъ добромъ — не гармонируетъ ни съ идеей права, ни съ римскимъ правомъ. Государство можетъ на различныхъ основаніяхъ запрещать насильственныя дѣйствія, но изъ этого для лицъ потерпѣвшихъ вовсе

---

[65]) Глоссаторы держались даже того взгляда, что лишь недвижимыя вещи могутъ быть объектами настоящаго владѣнія, Савиньи, op. cit. стр. 105. Этому способствовало, безъ сомнѣнія, употребленіе Римлянами слова „possessiones“ въ смыслѣ участковъ земли, а также, какъ думаетъ Савиньи, стр. 99,—этимологія слова „possidere“, которую мы находимъ у римскихъ юристовъ.

не вытекаетъ права по отношенiи къ тѣмъ, кто нарушилъ запретъ; проступокъ можетъ быть наказанъ просто полицейскими или уголовными мѣрами [66]); изъ нарушенiя закона о топкѣ и освѣщенiи сосѣдъ, которому угрожаетъ пожаръ, не можетъ извлечь для себя иска.

2. Если этимъ лицамъ тѣмъ не менѣе удѣляется владѣльческая защита, то причина этому лежитъ не въ нихъ самихъ, а въ условiяхъ цѣлесообразной организацiи института собственности.

3. Собственность, взятая отдѣльно, или, иными словами, основанная на строгомъ доказыванiи права, была бы однимъ изъ несовершеннѣйшихъ и наименѣе гарантированныхъ институтовъ. Смотря по обстоятельствамъ, требуются и употребляются слѣдующiе постепенные виды доказыванiя собственности:

1. Доказыванiе способа прiобрѣтенiя, если это послѣднее имѣло мѣсто въ прошедшемъ; при этомъ доказываются или

a) и внѣшнiя, и внутреннiя условiя—rei vindicatio, negatoria, или

b) одни внѣшнiя—Publiciana actio.

2. Доказыванiе фактическаго существованiя собственности въ настоящемъ, т. е. владѣнiя, причемъ

a) въ однихъ случаяхъ допускается противодоказыванiе чужой собственности, какъ опроверженiе, основанное на отсутствiи интереса со стороны истца,—cond. furtiva и act. leg. Aquiliae,

b) въ другихъ случаяхъ—оно не допускается: владѣльческiе иски.

4. Облегченiе доказыванiя, заключающееся въ защитѣ владѣнiя, предназначено для собственника.

5. По правилу, пользуется имъ только онъ.

6. Цѣль этого облегченiя была бы не достигнута, если бы былъ допущенъ вопросъ о томъ, собственникъ-ли истецъ или нѣтъ.

7. Неизбѣжное слѣдствiе этого исключенiя вопроса о правѣ

---

[66]) Примѣръ представляетъ l. 1 Cod. per vim (8.5), гдѣ предписывается судьѣ оффицiально защищать владѣнiя лицъ отсутствующихъ (judices absentium, qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in jure personas).

состоитъ въ томъ, что владѣльческая защита удѣляется и неправомѣрному владѣльцу.

8. Чтобы выразить практическое значеніе владѣнія, правильнѣе всего будетъ назвать его, согласно съ вышеизложеннымъ, однимъ изъ положеній (позиція) права собственности. — Владѣніе есть передовое укрѣпленіе собственности, въ которомъ собственникъ защищается до тѣхъ поръ, пока оно у него въ рукахъ.

Къ этимъ положеніямъ, передающимъ лишь содержаніе выводовъ, сдѣланныхъ мною до сихъ поръ, примыкаютъ, какъ слѣдствія основной, изложенной въ нихъ идеи, еще слѣдующія [66a]):

9. Владѣніе есть объектъ имущественной цѣнности. Для осаждающаго такъ же важно взять крѣпость, а для осажденнаго отстоять ее, какъ для несобственника—пріобрѣсти владѣніе, а для собственника удержать его за собою. Часто во владѣніи окончательно рѣшается судьба собственности, подобно тому какъ въ обладаніи бумагами—судьба предъявителя. Кто лишается владѣнія, тотъ теряетъ обыкновенно, на практикѣ, и собственность; кто его пріобрѣтаетъ, тотъ пріобрѣтаетъ и послѣднюю, т. е. то, что̀ она должна ему доставить, именно — безопасное пользованіе. Вотъ почему владѣніе представляетъ имущественную цѣнность какъ для собственника, такъ и для несобственника [66b]). Эта экономическая сторона владѣнія, въ моей теоріи прямо бросающаяся въ глаза, въ теоріяхъ, основывающихъ владѣніе то на личности и волѣ, то на запрещеніи насилія, выставлена далеко не въ настоящемъ свѣтѣ. Ибо какимъ образомъ владѣніе можетъ пріобрѣсти свойства имущест-

---

[66a]) Они появляются впервые во второмъ изданіи.

[66b]) L. 21 § 2 quod met. (4.2). Qui possessionem non sui fundi tradidit (напр., залогодержатель) non quanti fundus, sed quanti possessio est, ejus quadruplum vel simplum cum fructibus consequitur; aestimatur enim quod restitui oportet id est quod abest, abest autem nuda possessio cum suis fructibus. l. 3 § 11 Uti poss. (43.17)... „quanti res est“ sic accipimus, quanti unius cujusque interest possessionem retinere. Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est, sed hoc nequaquam opinandum est, longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis. По l. 74 de furt. (47.2) bonae fidei владѣльцу, у котораго украдена вещь, и настоящему собственнику дается противъ вора actio furti: emtori ejus possessionis, domino ipsius proprietatis causa praestanda est.

венно-правоваго отношенія, т. е. цѣнность, если, по одному воззрѣнію, оно не что иное, какъ поприще, на которомъ воля проявляетъ свою силу,—чувствительность воли, затронутой въ ея правѣ и свободно самоопредѣляющейся не соизмѣрима съ цѣнностью вещи, — а по другимъ — все его значеніе ограничивается ролью декоративной обстановки, когда выступаетъ на сцену опредѣленнаго рода нарушеніе общественнаго порядка?

10. Если же владѣніе есть объектъ имущественно-правовой цѣнности, то оно можетъ принадлежать въ юридическомъ смыслѣ,

tertius possessionem suam contendat, l. 3 § 12 ad ex. (10.4), а потеря его представляетъ имущественно-правовой ущербъ:

ne languor animi damnum etiam in bonis afferat, l. 44 § 6 de usuc. (41. 3).

11. Какъ дальнѣйшее слѣдствіе предыдущаго, является возможность чистой controversia de possessione, т. е. такого владѣльческаго спора, который имѣетъ своимъ предметомъ вопросъ, кто изъ двухъ соискателей—настоящій владѣлецъ, безъ всякаго предварительнаго нарушенія владѣнія съ той или другой стороны. Ниже окажется, что римское право на самомъ дѣлѣ допускало такой преюдиціальный, виндикаціонный, или какъ бы тамъ мы его ни назвали, искъ о владѣніи.

12. Послѣ этого получаютъ опредѣленный смыслъ и интердикты adipiscendae possessionis, которые Савиньи въ своемъ заблужденіи, упорно удержанномъ во всѣхъ изданіяхъ его книги, хочетъ совсѣмъ исключить изъ области владѣнія. Если владѣніе, какъ таковое, обладаетъ юридическою цѣнностью, то право можетъ установить притязаніе, на полученіе владѣнія, еще лицу не принадлежащаго. То обстоятельство, что условія, связанныя правомъ съ этимъ притязаніемъ, лежатъ внѣ владѣнія, склонило Савиньи поставить это правовое средство на одну линію съ петиторными исками, направленными на возстановленіе владѣнія. Владѣніе, говоритъ онъ, какъ тутъ, такъ и тамъ не есть основа иска, а лишь его цѣль, предметъ; hereditatis petitio и interd. quorum bonorum имѣли одно и то же строеніе: владѣніе служило для нихъ цѣлью, наслѣдственное право (цивиль-

ное или преторское)—основаніемъ. Вѣрно! Но они рѣзко разнятся тѣмъ, что петиторный искъ окончательно регулируетъ отношеніе, интердиктъ же adipiscendae possessionis, напротивъ, касается лишь владѣнія, регулируетъ отношеніе лишь временно, оставляетъ искъ о правѣ, стало быть, открытымъ,—совершенно такъ, какъ это бываетъ при владѣльческихъ интердиктахъ двухъ другихъ родовъ. Если истцу по hered. pet. откажутъ, то вчинять тотъ же искъ вторично онъ не можетъ; если же онъ предъявитъ int. quod legatorum, quorum bonorum или remedium ex lege ultima Cod. de edicto Divi Hadriani toll., то, проиграетъ онъ или выиграетъ,—въ первомъ случаѣ ему, во второмъ—его противнику все же остается возможность искомъ о правѣ вновь начать дѣло, проигранное во владѣльческой инстанціи и, быть можетъ, провести его удачно [66c]). Поэтому-то за всякимъ интердиктомъ adipisc. possessionis скрывается еще петиторное правовое средство (за названными — hereditatis petitio и rei vindicatio), не исключая interd. quem fundum и quam hereditatem, посредствомъ которыхъ владѣніе на наслѣдство или землю, оспариваемое или невполнѣ доказанное отвѣтчикомъ, переносилось на истца, причемъ однако отвѣтчикъ не лишался возможности, съ своей стороны, завести дѣло о правѣ. Точно такъ же за interd. Salvianum скрывалась act. Serviana, за interd. quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto — act. negatoria противника [66d]).

Для большинства названныхъ интердиктовъ это отношеніе между petitorium и possessorium ставится внѣ всякаго сомнѣнія ясными указаніями, приводить которыя здѣсь незачѣмъ; какъ общее правило выражено это въ l. 14 § 3 de

---

[66c]) L. un. Cod. Theod. Quor. bon. (4.21) Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usquae diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen?.... Jubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa.

[66d]) *von Vangerow*, Lehrbuch I § 390, II § 509. Изд. 7, стр. 897, 360. Совершенно то же можно сказать и о тѣхъ двухъ интердиктахъ, о которыхъ упоминаетъ Гай, IV § 145, 146, т. е., что истцы могли требовать временной выдачи всѣхъ вещей въ совокупности, а отвѣтчикамъ съ ихъ ссылками на собственность предоставлялся искъ о правѣ.

exc. rei jud. (44.2): Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur. Я думаю, излишне говорить, что это замѣчаніе должно быть отнесено не только къ извѣстнаго рода интердиктамъ, какъ то: retinendae и recuperandae possessionis, но и ко всѣмъ интердиктамъ, которыми вообще можно „de possessione agere", —а къ такимъ принадлежатъ, какъ извѣстно, и интердикты adipiscendae possessionis, l. 2 § 3 de interd. 43.1; Gaj. IV. 143.

Вмѣсто того, чтобы за-одно съ римскими юристами основывать понятіе владѣльческихъ интердиковъ на признакѣ предварительнаго регулированія отношеній, признакъ, который присущъ имъ въ отличіе отъ всѣхъ прочихъ исковъ,— Савиньи (§ 35) видитъ характеристическую черту въ томъ, что въ нихъ основой притязанія служитъ владѣніе, а съ этой точки зрѣнія ему уже не трудно доказать, что „интердикты adipiscendae possessionis ни коимъ образомъ не вяжутся съ этимъ понятіемъ владѣльческихъ исковъ" (стр. 383). „Окончательнымъ доводомъ противъ принятаго пониманія" является на стр. 384 еще и то, „что настоящіе владѣльческіе иски покоятся на деликтѣ"—доводъ, полную несостоятельность котораго мы недавно доказали (стр. 32 сл.). „Интердикты retinendae и recuperandae poss. представляютъ собою, слѣдовательно, единственные владѣльческіе иски, интердикты же adipisc. poss. не имѣютъ съ ними ничего общаго (!). Даже больше—эти послѣдніе не имѣютъ ничего общаго сами между собою (!). Это видно, вопервыхъ, изъ одного перечисленія, вовторыхъ — изъ того обстоятельства, что объ нихъ говорится въ совершенно разныхъ мѣстахъ источниковъ (стр. 385)".

Передѣлка, которой Савиньи подвергъ свой взглядъ въ прибавленіи къ шестому изданію (стр. 385—388) не измѣнила сущности дѣла. И здѣсь онъ ополчается на римскихъ правовѣдовъ за сліяніе этихъ трехъ родовъ интердиктовъ— „это сліяніе лишено всякаго научнаго значенія, ибо основано на цѣли, для которой владѣніе пріобрѣтается, возстановляется или удерживается,—на цѣли, совершенно внѣшней и безразличной по отношенію къ сущности иска (стр. 387)".

Не диво, что Савиньи, связанный по рукамъ и ногамъ главной ошибкой всей своей теоріи владѣнія — деликтной природой владѣльческихъ интердиктовъ—не могъ отрѣшиться отъ такого же заблужденія и относительно интердиктовъ adip. poss.; оно-то и заставило его приписать римскимъ юристамъ изобрѣтеніе и добровольное усвоеніе понятія, съ научной точки зрѣнія совершенно негоднаго. Но нельзя не подивиться тому, что въ наукѣ эта ошибка не только не была признана ошибкой, а, въ общемъ, нашла еще самый радушный пріемъ. Если не считать фонъ-Вангерова (см. прим. 66 d), то я не припомню въ настоящую минуту (особыхъ изысканій по этому предмету я не производилъ) ни одного новаго сочиненія по Пандектамъ, гдѣ бы интердиктамъ adipisc. possess. отводилось надлежащее мѣсто. Я понимаю подъ этимъ не изложеніе отдѣльныхъ интердиктовъ на подходящихъ мѣстахъ системы, а доказательство въ пользу того, что, съ научной точки зрѣнія, интердикты adip. poss. имѣютъ полное право считаться настоящими владѣльческими правовыми средствами и должны быть поставлены на-ряду съ остальными двумя родами владѣльческихъ интердиктовъ. Вмѣсто того, чтобы ставить на видъ значеніе этихъ интердиктовъ для института владѣнія и освѣщать надлежащимъ образомъ тотъ фактъ, что въ нихъ, какъ и въ другихъ владѣльческихъ интердиктахъ, повторяются всѣ основныя черты владѣльческихъ исковъ,— въ ученіи о владѣніи привыкли проходить ихъ молчаніемъ или вспоминать лишь затѣмъ, чтобы отвергнуть, какъ безправныхъ пришельцевъ, которые не смѣютъ претендовать на значеніе исковъ [66e]).

Та же ошибка, что̀ заставила Савиньи не признать за интердиктами adipisc. possessionis характера настоящихъ вла-

---

[66e]) Я устыдился нѣсколько, нашедши въ такихъ дискредитированныхъ сочиненіяхъ періода до Савиньи какъ *Hellfeld* Jurispr. for § 1835 сл., *Höpfner* Commentar § 1208, болѣе правильную оцѣнку практическаго значенія владѣльческихъ интердиктовъ, чѣмъ въ нынѣшнихъ изслѣдованіяхъ. «Интердикты adip. poss., говоритъ послѣдній, особенно достойны вниманія практика, ибо, какъ мы знаемъ, одно изъ преимуществъ владѣнія состоитъ въ томъ, что владѣлецъ не обязанъ доказывать, что вещь, которою онъ владѣетъ, принадлежитъ ему, а другая сторона должна взять на себя доказываніе противнаго. Поэтому поступаютъ очень раціонально, стараясь путемъ интердиктовъ пріобрѣсти владѣніе на вещь и тѣмъ перемѣстить тягость доказыванія на противника».

дѣльческихъ средствъ, склонила его принять въ число послѣднихъ такіе интердикты, которые, согласно вышеизложенному, не имѣютъ на то ни малѣйшаго права, ибо имѣютъ своимъ предметомъ не „possessio", а „res", т. е. не преходящее, временное, а окончательное обладаніе вещью. Таковъ interd. de glande legenda [66f]). Ни одинъ римскій юристъ не причислилъ его къ владѣльческимъ интердиктамъ и совершенно основательно, такъ какъ за этимъ интердиктомъ не можетъ уже слѣдовать искъ о правѣ, онъ окончательно рѣшаетъ вопросъ объ упавшихъ съ дерева плодахъ; здѣсь не представлялось необходимости сохранять за отвѣтчикомъ искъ о правѣ, приговоръ судьи по этому интердикту касался не „possessio", а „res", т. е. окончательнаго удержанія плодовъ. То же самое нужно сказать и объ interd. fraudatorium, который зачисленіемъ своимъ въ разрядъ означенныхъ интердиктовъ (Сав. l. c.) обязанъ тому же предвзятому и ошибочному взгляду Савиньи. Интердикты de migrando и de thesauro точно такъ же имѣютъ своимъ предметомъ возстановленіе владѣнія и, будь этого одного обстоятельства достаточно, ихъ пришлось бы принять въ число интердиктовъ retinendae или recuperandae poss.; этого не сдѣлалъ однако и самъ Савиньи, не смотря на то, что de migrando и de thesauro легче подводились подъ идею деликта, чѣмъ utrubi и uti possidetis. Что они ни на что подобное не имѣютъ права—объ этомъ, въ виду вышеизложеннаго, и говорить нечего.

Теперь я попытаюсь доказать по источникамъ правиль-

66f) *Савиньи* l. c. стр. 385; прежніе писатели, какъ напр. *Höpfner* l. c., дѣлали то же. Непонятно, впрочемъ, почему Савиньи, выдавая этотъ интердиктъ за владѣльческій, не помѣщаетъ его въ число interd. retin. или recuperandae possessionis. На самомъ дѣлѣ, по мнѣнію самого Савиньи (стр. 278), владѣніе на плоды, отдѣлившіеся отъ главной вещи безъ вмѣшательства человѣка, принадлежитъ владѣльцу главной вещи. Въ тотъ самый моментъ, какъ яблоко отдѣляется отъ вѣтки, я пріобрѣтаю на него, какъ на самостоятельную уже вещь, отдѣльное владѣніе и скажемъ-ли, что это владѣніе вновь прекращается, когда яблоко падаетъ на недоступную для меня землю сосѣда, или что владѣніе, несмотря на это, продолжается,—все равно, ибо въ первомъ случаѣ interd. de glande legenda можетъ быть названъ только интердиктомъ recuperandae poss., во второмъ — только retinendae. Какъ могъ Савиньи, не измѣнивши своему собственному ученію, сдѣлать изъ interd. de glande legenda интердиктъ adipiscendae possessionis — понять это я не въ состояніи.

ность моего взгляда на владѣніе и сдѣлаю это въ двухъ направленіяхъ: вопервыхъ, въ отношеніи средствъ защиты владѣнія, вовторыхъ, въ отношеніи его матеріальнаго строенія. Если правиленъ мой взглядъ, то идея собственности не должна покидать насъ ни на шагъ; если вѣрна которая-нибудь изъ теорій моихъ противниковъ, то мы потеряемъ собственность изъ-виду.

Посмотримъ, что будетъ на дѣлѣ.

VII.

Средства защиты владѣнія.

Interdicta retinendae possessionis.

Владѣніе, какъ предметъ судебнаго рѣшенія, является въ римскомъ правѣ впервые по поводу опредѣленія виндицій въ древнемъ виндикаціонномъ процессѣ. Преторъ давалъ одной изъ сторонъ vindicias, т.-е. онъ вручалъ ей владѣніе на время процесса. Эту мѣру можно понимать въ двоякомъ смыслѣ: либо въ томъ, что она была предназначена переносить на владѣльца только фактическія выгоды владѣнія, т.-е. пользованіе вещью, либо въ томъ, что цѣль ея была обратить въ пользу владѣльца и правовыя преимущества владѣнія, т.-е. свободу отъ тягости доказыванія. За этотъ послѣдній взглядъ высказался въ новѣйшее время вѣскій авторитетъ [67]), тѣмъ не менѣе я не могу примкнуть къ нему. Если судить по тому, какъ выражается Гай, то преторъ, вручая виндиціи, имѣлъ полную свободу дѣйствій [68]), такъ

---

67) *Von Bethmann-Hollweg*, Der Civilprozess des gemeinen Rechts, т. I, отд. 1, стр. 144.

68) Gaj. IV. 16 secundum alterum eorum vindicias dicebat i. e. aliquem possessorem constituebat. Что касается соображеній, которыми могъ при этомъ руководствоваться преторъ, то объ этомъ см. догадки въ моемъ Geist des R. R. III., стр. 99.

что могъ, по своему усмотрѣнію, присудить владѣніе и невладѣльцу. До чего могло бы простираться его вліяніе на окончательный исходъ процесса, еслибы истецъ освобождался черезъ это отъ тягости доказыванія! Сколько разъ случается, что то или другое распредѣленіе обязанности доказыванія рѣшаетъ судьбу права! Сторонники воззрѣнія, противнаго нашему, упускаютъ изъ виду, что древнѣйшій виндикаціонный процессъ былъ judicium duplex, въ которомъ виндицирующими выступали обѣ стороны (vindicatio и contravindicatio) и обѣ должны были доказывать въ равной мѣрѣ; здѣсь, слѣдовательно, не абсолютное доказательство собственности рѣшало дѣло, а относительный перевѣсъ основаній, приведенныхъ обѣими сторонами [69]).

Спрашивается, что̀ можемъ мы заимствовать изъ этого института для нашей цѣли? Прежде всего—тотъ любопытный фактъ, что владѣніе на первыхъ же порахъ своего появленія въ исторіи римскаго права оказывается въ самой тѣсной связи съ собственностью и споромъ о ней. Вопросъ о владѣніи является здѣсь нераздѣльнымъ моментомъ иска о правѣ и нельзя думать, чтобы онъ могъ возникнуть независимо отъ послѣдняго, ибо единственная форма, въ которой мы его знаемъ,—врученіе виндицій,—мыслима лишь въ процессѣ о собственности; интердикты же retinendae possessionis, которые въ позднѣйшемъ процессѣ замѣнили и вытѣснили эту форму, никоимъ образомъ не могли существовать рядомъ съ нею, — во всей исторіи древнѣйшаго права нѣтъ примѣра подобнаго нагроможденія двухъ правовыхъ средствъ, служащихъ одной и той же цѣли.

Другой фактъ, бросающійся въ глаза въ этомъ институтѣ, есть независимость вопроса о владѣніи отъ насилія. Мнимая борьба, которою открывается виндикація, свидѣтельствуетъ, повидимому, о противномъ, но—лишь повидимому. Что опре-

---

[69]) См. мои выводы l. c., стр. 90 сл. Тотъ же порядокъ примѣнялся и въ древне-англійскомъ процессѣ о собственности, гдѣ присяжнымъ предлагался вопросъ не о томъ, имѣетъ-ли истецъ право собственности, а о томъ, utrum A vel B majus jus habeat in terra illa. Gneist, Selfgovernment стр. 80. Примѣръ, взятый изъ позднѣйшаго времени и напоминающій собою судъ Соломона, см. у Sueton. Galba c. 7. Cum de proprietate jumenti quaereretur levibus utrimque argumentis et testibus ideoque difficili conjectura veritatis ita decrevit, ut ad lacum, ubi adaquari solebat, duceretur capite involuto atque ibidem revelato ejus esset, ad quem sponte se a potu recepisset.

дѣленіе виндицій не служило претору средствомъ для огражденія владѣльца отъ нарушеній со стороны невладѣльца— это съ достаточной ясностью видно изъ того, что преторъ, какъ мы замѣтили выше, могъ дать виндиціи и сторонѣ, до того невладѣвшей, т.-е. тому, кто былъ виновникомъ нарушенія. Эта мнимая борьба имѣла только символическое значеніе, жестами вмѣсто словъ,—что было въ духѣ древняго права, — потверждала она взаимное оспариваніе собственности. Если, стало быть, преторъ присуждалъ владѣніе одной изъ сторонъ, то это дѣлалось вовсе не потому, что ея владѣніе было нарушено,—для этого пришлось бы предварительно признать за владѣльцемъ, какъ таковымъ, право на судебную защиту,—а, совершенно наоборотъ, потому, что это право не было признано, и вопросъ о владѣніи нуждался, слѣдовательно, въ предварительномъ регулированіи на время спора. Итакъ, въ извѣстномъ смыслѣ, можно сказать, что въ древнѣйшемъ правѣ понятіе „владѣніе" вообще еще не существовало, ибо тамъ, гдѣ владѣлецъ, какъ таковой, не находитъ себѣ защиты и признанія,—тамъ нѣтъ еще института владѣнія. Вопросъ о томъ, не называли-ли и въ древнѣйшее время possessor'омъ того, кто получалъ виндиціи— будетъ вопросомъ празднымъ. Если меня заставятъ доказать, что въ дѣйствительности подъ словомъ possessor разумѣли въ то время нѣчто иное, чѣмъ во время позднѣйшее, т.-е. не простаго фактическаго обладателя, а временнаго собственника, и если не признаютъ достовѣрнымъ свидѣтельство, которое сохранилъ для насъ Ливій относительно древнѣйшаго виндикаціоннаго процесса [70]), то я прибѣгну къ свидѣтельству болѣе новому, которое для обозначенія соотвѣтствующаго понятія въ новомъ процессѣ пользуется тѣмъ же выраженіемъ, что и Ливій, несмотря на то, что къ той порѣ между понятіями владѣніе и собственность установилось строгое различіе. Рескриптъ Антонина Пія называетъ временнымъ собственникомъ (interim domini loco habetur) владѣльца наслѣдства, который представилъ истцу обезпеченіе (замѣнившее собою praedes litis ac vindiciarum древнѣйшаго виндикаціоннаго процесса), и связываетъ съ этимъ тотъ практическій результатъ, что наслѣдуемые рабы

---

[70]) Liv. III. 44. : Interim dominum sequi ancillam aequum esse.

не могутъ быть употреблены для производства пытки надъ нимъ. Каллистратъ, которому мы обязаны этимъ свидѣтельствомъ, примѣняетъ тотъ же способъ выраженія и къ случаю виндикаціи раба [71]).

Не простое владѣніе, какъ оно понимается нынѣшней владѣльческой теоріей, а временная собственность — вотъ что̀ входило, стало быть, въ первоначальное врученіе виндицій, и только при этомъ условіи споръ о нихъ становится вполнѣ понятнымъ. Виндикаціонный процессъ не выступаетъ изъ границъ собственности, но въ началѣ процесса преторъ мѣритъ собственность не той мѣрой, какую послѣ него прилагаетъ къ ней судья: для предварительнаго распоряженія достаточно поверхностныхъ доказательствъ, для окончательнаго рѣшенія—необходимы исчерпывающіе доводы. Итакъ, владѣніе является въ древнѣйшемъ правѣ на самомъ дѣлѣ тѣмъ, за что̀ выдаетъ его и наша теорія, т.-е. позиціей собственности.

Обратимся теперь къ позднѣйшему праву. Здѣсь отношеніе исторической послѣдовательности между интердиктами retinendae poss. и виндиціями до того явно, что едва-ли ускользнетъ отъ чьего бы то ни было вниманія [72]). По единогласному свидѣтельству нашихъ источниковъ (см. ниже), эти интердикты были введены для той же цѣли, для которой служили виндиціи въ древнѣйшемъ процессѣ, именно для временнаго опредѣленія владѣльческаго отношенія на время процесса о собственности. Но при этомъ произошло не только измѣненіе въ формѣ, но и существенное, троякое преобразованіе по существу. Вопервыхъ, вопросъ о владѣніи изъ предмета личнаго усмотрѣнія претора сталъ дѣломъ правильнаго судебнаго рѣшенія; владѣніе уже не жаловалось, а присуждалось какъ право,—словомъ, оно преобразовалось въ самостоятельное, отъ собственности независимое, отношеніе. Съ этимъ тѣсно связано то вліяніе, какое оказало (и могло оказать только въ силу своей новой организаціи) владѣніе на новый виндикаціонный процессъ. Подъ этимъ вліяніемъ я разумѣю освобожденіе владѣльца отъ тягости

---

[71]) L. 15 § 2 de quaest. (48 . 18).

[72]) Я былъ пораженъ, нашедши это воззрѣніе рядомъ съ весьма замѣчательнымъ объясненіемъ виндицій у такого писателя, у котораго ничего подобнаго я не думалъ искать, именно, у *V. Shilter*, Praxis jur. Rom. 16 § 30.

доказыванія — мѣра, съ формальной стороны опиравшаяся на исчезновеніе контра-виндикаціи и на обусловленный этимъ переходъ judicium duplex въ judicium simplex. Третье, не менѣе существенное нововведеніе состояло въ отдѣленіи владѣльческаго процесса или possessorium'a отъ процесса о правѣ или petitorium'a. Виндиціи могли возникнуть не иначе, какъ по поводу виндикаціоннаго процесса; иное дѣло— интердикты. Какъ въ средніе вѣка summarissimum, который въ началѣ былъ дополнительнымъ распоряженіемъ къ ординарному интердикту (portio interdicti uti possidetis), отдѣлился отъ послѣдняго и поднялся на степень самостоятельнаго правоваго средства, такъ же точно вопросъ о владѣніи отдѣлился отъ процесса о собственности. Мысль о необходимости оградить владѣніе отъ произвольныхъ нарушеній едва ли была при этомъ руководящей мыслью, ибо интердикты retin. possess. не даютъ возмѣщенія за прежнія нарушенія— для этого служатъ другія правовыя средства, какъ-то: interdictum quod vi aut clam, act. injuriarum, act. leg. Aqniliae; раздѣленіе произошло, на мой взглядъ, отъ того, что нельзя было запретить собственнику уклоняться отъ рѣшительной помощи, какую оказывали rei vindicatio и negatoria, когда его цѣль достигалась менѣе сильными владѣльческими правовыми средствами. Вмѣстѣ съ тѣмъ получилъ возможность предъявить съ полнымъ успѣхомъ владѣльческіе интердикты и тотъ владѣлецъ, который вовсе не заявлялъ притязаній на собственность; въ принципѣ владѣніе было отдѣлено отъ спора о собственности, хотя на дѣлѣ могло являться и въ связи съ нимъ.

Въ этомъ-то порядкѣ, при которомъ оказывается возможной побѣда простаго владѣльца, какъ таковаго,—самовольнаго захватчика, вора и разбойника,—надъ собственникомъ, кроется, какъ я замѣтилъ выше, загадочная сторона владѣнія. Мы стоимъ на распутьи; отъ выбора дороги будетъ зависѣть весь ходъ нашего изслѣдованія. Нормаленъ-ли такой порядокъ владѣнія, состояла-ли цѣль интердиктовъ retin. possessionis въ томъ, чтобы превозгласить вора и разбойника въ той же мѣрѣ достойнымъ защиты, въ какой достоинъ ея собственникъ, или, быть можетъ, защита владѣнія была задумана для собственника, распространеніе ея на воровъ и разбойниковъ—простое неизбѣжное слѣдствіе

однажды принятаго порядка, и потому нормальнымъ принципомъ и мотивомъ владѣльческихъ интердиктовъ мы должны считать собственность?

Послушаемъ, что̀ отвѣчаетъ намъ на нашъ вопросъ римское право.

1. Историческій мотивъ введенія интердиктовъ retin. poss. покоится на интересѣ регулированія владѣнія въ спорѣ о собственности.

Въ виду весьма опредѣленныхъ и многочисленныхъ свидѣтельствъ, которыми наши источники подтверждаютъ это положеніе [73]), всякая попытка найти иной исходный пунктъ для введенія этихъ интердиктовъ должна остаться безплодной [74]). Эти интердикты были вызваны къ жизни не той мыслью, что даже награбленое и накраденое добро вправѣ стать подъ защиту закона, а идеей, осуществленной еще въ виндиціяхъ древнѣйшаго процесса,—идеей предварительнаго регулированія отношеній собственности. Стало быть, источники въ дѣйствительности смотрятъ на владѣніе съ той же точки зрѣнія, какую установилъ и я, и видятъ въ немъ передовое укрѣпленіе собственности, ея позицію.

2. Слѣды этого отношенія между владѣльческими интердиктами и споромъ о собственности мы встрѣчаемъ даже въ новѣйшемъ римскомъ правѣ.

Едва-ли найдется въ источникахъ мѣсто, гдѣ бы шла рѣчь объ интердиктахъ и не упоминалось бы въ то же время о собственности [75]).

> l. 35 de poss. (41.2) Exitus controversiae possessionis hic est tantum, ut prius pronunciet judex, uter possideat.... et tunc de domino quaeratur.
>
> l. un. Cod. uti poss. (8.6)... de proprietate cognoscet.

---

[73]) Gaj. IV § 148, Ulpian. въ l. § 3 uti poss. (43 . 17), § 4 I. de interd. (4.15), Theophilus ibid.

[74]) До Савиньи, насколько я знаю, такой попытки никто не дѣлалъ. См., напр., толкованія и комментаріи на указанное мѣсто Институцій *Яна-а-Коста*, *Винніуса*, *Отто*. Противъ попытки Савиньи см. *v. Vangerow*, Pandecten, § 336, прим. 1.

[75]) Точно такъ же и въ процессѣ о свободѣ: „pronuntiatio", которою устанавлялось владѣльческое отношеніе, т.-е. вопросъ о томъ, состоялъ-ли рабъ in possessione libertatis или servitutis, была первымъ актомъ въ judicium liberale, l. 7 § 5 de lib. causa (40 . 12).

l. 1. Cod. de interd. (8.1)... orta proprietatis et possessionis lite prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus, ut ex hoc ordine facto de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur.

l. 13. Cod. de reiv. (3.32): Ordinarii juris est, ut mancipiorum orta quaestione prius exhibitis mancipiis de possessione judicetur ac tunc demum proprietatis causa ab eodem judice decidatur.

l. 1. Cod. si de mom. poss. (7.69)... ita possessionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis causa servetur.

l. un. Cod. Theod. utrubi (4.23)... de bonae fidei possessori primum oportet et celeri reformatione sucurri (т.-е. интердиктомъ utrubi) tunc causam originis (colonorum) et proprietatis agitari (въ Cod. Iust. l. 14 de agric. 11.47).

Даже въ Базиликахъ (50,3,72) интердиктъ uti possidetis является исключительно въ связи съ виндикаціей.

Quando de possessione movetur actio uti possidetis, is vincit, qui nec vi nec clam nec precario possidet; et deinde aut satisdat et suscipit reivindicationem au non satisdat et possessio ad alterum transfertur.

Къ владѣльческому иску, который составляетъ первый шагъ, примыкаетъ въ качествѣ втораго шага („deinde“), какъ само собою понятное слѣдствіе, искъ о правѣ.

Эта ассоціація идей владѣнія и собственности повторяется и въ обратномъ порядкѣ, т.-е., кромѣ тѣхъ мѣстъ, гдѣ упоминается о собственности по поводу владѣнія, есть мѣста, гдѣ говорится о владѣніи по поводу собственности; см., напр., l. 24. de R. V. (6.1):

Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem. l. 3. Cod. Theod. unde vi (4.22) i. f., l. 3 Cod. fin. reg (3.39).

3. Искъ о владѣніи и искъ о правѣ разсматриваются, какъ части одного и того же правоваго спора, а именно, послѣдній, какъ causa principalis, первый—какъ приготовленіе.

L. 3 Cod. Theod. de jud. (2.18) (нѣсколько измѣненный въ l. 10 Cod. Iust. de judic. 3.1) заключаетъ въ себѣ эдиктъ Константина, который запрещаетъ обращаться съ искомъ

о владѣніи и искомъ о правѣ къ двумъ различнымъ судьямъ и даже угрожаетъ наказаніемъ тому, кто станетъ просить на это императорскаго соизволенія. Для насъ интересъ этой конституціи заключается въ томъ способѣ, какимъ въ ней выражено отношеніе иска о владѣніи къ иску о правѣ. Оба они разсматриваются какъ одно цѣлое („qui causae continentiam dividit"), какъ процессъ, который „in uno eodemque judicio poterat terminari" и спору „super possessione" противополагается споръ „super principali quaestione" [76]).

Въ l. 1 § 45 de aqua quodit. (43.20) Ульпіанъ противопоставляетъ владѣльческому интердикту, который служитъ для охраненія правъ на воду, интердиктъ, обусловленный доказываніемъ права, и замѣчаетъ о послѣднемъ:

> in hoc interdicto totam quaestionem finiri assignationis, non enim praeparat hoc interdictum causam ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet jus adsignatum sibi aut non habet et interdictum totum finitur.

Итакъ, по его словамъ, владѣльческіе интердикты, касаясь лишь переходящаго владѣльческаго отношенія (ad possessionem temporariam pertinent), не рѣшаютъ собственно спорнаго вопроса, какъ это дѣлаетъ интердиктъ, о которомъ рѣчь выше, а лишь подготовляютъ окончательное его рѣшеніе (praeparant causam).

Поэтому-то въ l. 5 Cod. de poss. (7.32) для владѣльческой защиты, обѣщанной просителю, и могло быть употреблено выраженіе: praeses dominii tui jus convelli non sinet. Защита владѣнія принадлежитъ къ jus dominii, отнять ее значило бы нанести ущербъ защитѣ собственности (jus dominii convellere) [76a]).

---

[76]) Въ другихъ мѣстахъ—causa principalis l. 1 Cod. Theod. unde vi(4.22); negotium principale l. 3. Cod. Theod ad. leg. Iul. de vi (9 . 10). Symmachus Ep. X. 41 de possessione... judicari, principalem vero causam... reservari.

[76a]) По тому же самому въ l. 9 de commod. (13 . 6) для положенія l. 8: rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus, выставлено такое основаніе: nemo enim commodando rem facit ejus cui commodat, что приложимо ко владѣнію лишь тогда, когда послѣднее мыслится въ тѣснѣйшей связи съ собственностью. Не та-ли самая мысль положена въ основаніе l.43 de relig. (11 . 7): qui de jure dominii quaeritur? Собственникъ не можетъ противъ воли узуфруктуара хоронить на своей землѣ мертвыя тѣла (l. 2 § 7

4. При обыкновенномъ, нормальномъ порядкѣ вещей владѣльческіе индердикты предъявляетъ собственникъ.

Ни одинъ, правда, римскій юристъ не высказалъ этого открыто, но стоитъ только безпристрастно вдуматься въ слова Павла (l. 8. de vi (43.16), чтобы найти въ нихъ ту же мысль.

> Fulcinius dicebat vi possideri, quotiens vel non dominus, cum tamen possideret, vi dejectus est.

Интердиктъ unde vi, говоритъ юристъ, имѣетъ мѣсто даже тогда, когда изгнанъ владѣвшій несобственникъ. Если Павелъ находитъ нужнымъ выставить это обстоятельство, какъ нѣчто особенное по отношенію къ несобственнику, то достаточно, я думаю, ясно, что не кого другаго, какъ только собственника, онъ считаетъ за то лицо, для котораго на самомъ дѣлѣ предназначенъ интердиктъ и въ рукахъ котораго должно бы, по правилу, находиться владѣніе. По той же самой причинѣ роль истца въ интердиктѣ unde vi приписывается не владѣльцу, а собственнику, см., напр., l. 12 ibid.

Точно такое же представленіе соединялось въ умахъ римскихъ юристовъ и съ интердиктомъ de precario. И тутъ для обозначенія истца они употребляютъ выраженіе „dominus" (см., напр., l. 4 § 4. l. 6 pr. l. 12 pr. de precario (43.26)), а для обозначенія объекта — мѣстоименіе притяжательное: l. 15 pr. nostro utatur, l. 3 per fundum meum, l. 18 ibid. rem suam. И тутъ юристъ не считаетъ лишнимъ сдѣлать то же замѣчаніе, которое онъ дѣлаетъ выше по поводу интердикта unde vi. Sed si eam rem, говоритъ Венулей въ l. 7 ibid., cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim, quamvis futurum esset, ut tenear de proprietate, precario tibi concesserim, teneberis hoc interdicto. Договоръ, которымъ хозяинъ обязуется не требовать прекарія до извѣстнаго срока—ничтоженъ: nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam invito domino possidere liceat, l. 12 pr. ibid.

---

ib. invito fructuario locus religiosus non fiet. l. 43 cit), тѣмъ не менѣе, если послѣдній сопротивляется, первому дается interd. de mortuo inferendo, чтобы сломить это сопротивленіе, т.-е., если я вправѣ такъ выразиться, спорный вопросъ рѣшается не въ петиторномъ, а во владѣльческомъ порядкѣ; узуфруктуаръ со своимъ правомъ протеста отсылается ad separatum. Къ этой-то защитѣ собственности, построенной на идеѣ владѣнія, и относятся слова Папиніана: de jure dominii quaeritur.

Собственность въ лицѣ получателя дѣлаетъ прекарій недѣйствительнымъ, l. 4 § 3 ibid.; то соображеніе, что залогодатель можетъ склонить возвратить ему precario владѣніе, Ульпіанъ отклоняетъ въ l. 6 § 4 ibid. на томъ основаніи, что здѣсь дѣло идетъ о precarium possessionis, а не proprietatis. Ниже мы возвратимся къ этому предмету.

Мысль, высказанная выше, что обыкновенно владѣлецъ есть въ то же время собственникъ (объ относительной вѣрности ея мы говорили недавно), нашла себѣ выраженіе въ источникахъ, именно:

5. въ томъ постановленіи римскаго права, по которому possessores, т.-е. владѣльцы участковъ въ городской чертѣ, освобождаются отъ взноса процессуальныхъ залоговъ [77]).

Подъ „possessores" разумѣются здѣсь не настоящіе собственники [78]), какъ думаетъ Савиньи l. c., а владѣльцы, какъ таковые, по-скольку они ведутъ себя какъ собственники и кажутся собственниками [79]). Къ этому примыкаетъ

6. словоупотребленіе въ обычной жизни, гдѣ говорится „possessor" вмѣсто „dominus", „possessio"—вмѣсто „собственность" (на землю).

Во владѣніи собственность облекается въ видимую форму, владѣніе есть собственность въ ея полномъ проявленіи, въ ея нормальномъ видѣ. Неудивительно послѣ этого, что обыкновенный разговорный языкъ, который больше любитъ придерживаться видимаго, чѣмъ невидимаго, говоритъ о владѣльцахъ земли и о владѣніи тамъ, гдѣ подразумѣваетъ собственника и собственность. Такъ дѣлается у насъ, такъ было и у Римлянъ [80]). Правда, что разговорный юридическій языкъ и языкъ юристовъ—не одно и то же; но гдѣ строгое различіе между владѣніемъ и собственностью не установи-

---

77) L. 15 qui satisd. (2.8).

78) Ибо, поясняя терминъ, употребленный въ § 1 указаннаго мѣста, юристъ не передаетъ его словомъ „dominus", а удерживаетъ выраженіе „possidere": qui rem soli possidet.

79) Отсюда кредиторъ по залогу, несмотря на то, что владѣетъ, не считается владѣльцемъ въ этомъ смыслѣ, § 2 ibid., такъ какъ онъ не претендуетъ на имя собственника: „non enim opinione domini possidet", говорится о немъ въ l. 22 § 1 de nox. act. (9.4)

80) *Savigny* l. c., стр. 104. Любопытно приводимое имъ опредѣленіе *Корнеліуса Фронто*: habere potest etiam fur et nequam, possidet nemo nisi qui... rei dominus est.

лось, тамъ житейскій способъ пониманія, который во владѣльцѣ видитъ собственника, вносится и въ область права и юриспруденціи [81]).

Возвратимся однако къ владѣльческимъ интердиктамъ.

Былъ одинъ случай, гдѣ они оказывались непригодными,— случай наслѣдованія. Такъ какъ владѣніе наслѣдодателя прекращалось съ его смертью, то присвоеніе наслѣдуемыхъ вещей со стороны третьихъ, неуправомоченныхъ лицъ не подходило подъ понятіе захвата владѣнія, и потому интердикты retinendae или recuperandae poss. не могли имѣть тутъ мѣсто.

Еслибы римское право не заполнило этого пробѣла помощію hered. petitio, то для наслѣдника было бы утрачено то облегченіе относительно доказыванія, которое доставляется собственнику защитой владѣнія, и въ остальныхъ, открытыхъ для него, искахъ (rei vindicatio, actio Publiciana) ему предстояло бы строжайшимъ образомъ доказывать свою собственность или bonae fidei possessio наслѣдодателя. Фактъ и способъ замѣны владѣльческихъ интердиктовъ искомъ о наслѣдствѣ [82]) даютъ мнѣ

7. новый доводъ въ пользу справедливости того взгляда, который я защищаю,—hereditatis petitio на практикѣ выполняетъ функцію владѣльческихъ исковъ [82a]).

Подобно послѣднимъ, она ставитъ доказываніе фактическаго обладанія [83]) на мѣсто доказыванія права. Если, какъ утверждаетъ теорія воли, владѣніе защищается только ради

---

[81]) Особенно въ Конституціяхъ Императоровъ, см. напр. l. 12 Cod. de poss. (1.32), l. 1 Cod. de praesc. (7.33), l. 2 Cod. de probat. (4.19), l. 1 Cod. si per vim (8.5); встрѣчается даже выраженіе „dominium possessionis“, l. 2 Cod. Theod. de bon mat. (8.18). Извѣстно, что сами римскіе юристы употребляютъ слово „possessiones“ въ смыслѣ земельныхъ участковъ, т.-е. собственности на нихъ, см. l. 78 de V. S. (50.16).

[82]) Мимоходомъ высказалъ я эту мысль много лѣтъ тому назадъ въ моей диссертаціи на ученую степень: de hereditate possidente, Берлинъ, 1842, стр. 40.

[82a]) Совершенно то же можно сказать и объ interd. quod legatorum, который, подобно int. utrubi въ его старой формѣ, имѣетъ силу и противъ третьихъ владѣльцевъ l. 1 § 13 quod legat. (43.3).

[83]) Не только юридическаго владѣнія, но и простой детенціи, l. 19 pr. de her. pet. (5.3), что впрочемъ возможно, въ видѣ побочнаго обстоятельства, и при интердиктѣ unde v i, l.1 § 33 de vi (43.16).

воли, которая въ немъ осуществляется, если владѣльческая защита имѣетъ своимъ основаніемъ одно то обстоятельство, что въ захватѣ нарушается воля владѣльца, — то какимъ образомъ находитъ себѣ защиту прошлое обладаніе наслѣдодателя, уже умершаго въ моментъ захвата наслѣдуемыхъ вещей и потому лишеннаго воли? Нельзя возразить, что это—не владѣльческая защита; понятіе послѣдней опредѣляется не тѣмъ признакомъ, что она облечена въ знакомую намъ форму владѣльческихъ интердиктовъ [83a]), а тѣмъ, что признается и защищается фактическое отношеніе безъ доказыванія права.

Отъ живыхъ людей это фактическое отношеніе требуетъ воли и называется владѣніемъ; со смертью исчезаетъ воля и, слѣдовательно, возможность допустить понятіе „владѣніе", но съ этимъ вовсе не исчезаетъ практическая потребность во владѣльческой защитѣ; законодательный мотивъ ея, т.-е. облегченный способъ доказыванія, доставить который собственнику необходимо на случай прямыхъ вторженій въ его правовую сферу, сохраняетъ всю свою силу [83b]). Владѣнію соотвѣтствуетъ непрерывное пребываніе вещи въ составѣ наслѣдства [84]). Я думаю, что не дамъ повода къ недоразумѣнію, если скажу, что здѣсь недостаетъ владѣнія, но есть его идея. Своимъ практическимъ значеніемъ владѣніе обязано не тому субъективно-психологическому факту, что владѣлецъ чувствуетъ и сознаетъ себя владѣльцемъ (въ другомъ мѣстѣ мы покажемъ, что это скорѣе нормальный признакъ владѣнія); практическое значеніе владѣнія кроется въ его роли по отношенію къ собственности, именно: въ пріобрѣтеніи по давности и владѣльческой защитѣ. Обѣ эти функціи

83a) *Савиньи*, l. c., стр. 385: „давался-ли интердиктъ или actio—обстоятельство для насъ не важное; даже по мнѣнію самихъ Римлянъ, это было дѣломъ случая и ничуть не измѣняло природы исковаго права".

83b) L. 1 Cod. Theod. quor. bon. (4.21). Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen?... omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa.

84) L. 40 § 1 de poss. (41.2).... si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit. Относительно давностнаго владѣнія (possessio qualisqualis l. 88 de acq. her. 29.2) см. l. 6 § 2 pro emt. (41.4).... si nemo eum possedisset.

переносятся на hered. petitio. Давность протекаетъ своимъ чередомъ, а her. petitio гарантируетъ защиту владѣнія, хотя самаго владѣнія нѣтъ на лицо.

Если наемщикъ изгнанъ при жизни хозяина, то этотъ послѣдній имѣетъ противъ захватчика interd. unde vi; если это случилось послѣ его смерти — его наслѣдникъ имѣетъ hered. petitio. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ искѣ достаточно доказать владѣніе.

Смерть теряетъ такимъ образомъ опасное вліяніе, какое она, по теоріи владѣнія, должна бы имѣть на право собственности, въ широкомъ смыслѣ этого слова. Пробѣлъ, вызываемый въ правахъ наслѣдника прекращеніемъ владѣнія, пополняется, и законодательный мотивъ владѣнія повторяется, такъ сказать, внѣ настоящей сферы этого послѣдняго; а этотъ фактъ прямо указываетъ намъ, какъ на послѣднее основаніе и настоящую vis agens владѣнія, не на волю, а на крайнюю важность владѣнія для права собственности.

Наслѣдованіе не есть единственный случай, въ которомъ практическая цѣль владѣнія одерживаетъ побѣду надъ теоретической формулой, опредѣляющей его какъ отношеніе воли. Лица, которыя не обладаютъ волей, какъ-то: помѣшанные, дѣти, юридическія лица [85]), на формальномъ основаніи тоже владѣть не могутъ. Но отказать имъ во владѣніи значило бы подвергнуть серіознѣйшей опасности ихъ право собственности [85a]), а это послѣднее соображеніе до того важно, что практическая потребность беретъ верхъ надъ выводами теоріи: видимость собственности, осуществляемая черезъ представителей, считается и у этихъ лицъ за владѣніе; они пріобрѣтаютъ по давности и имѣютъ интердикты [86]). Еслибы римское право заблаговременно не пришло на по-

[85]) Относительно послѣднихъ см. l. 1 § 22 de poss. (41 . 2) municipes per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt, т.-е., такъ какъ имъ недостаетъ владѣльческой воли.

[85a]) Въ отношеніи къ помѣшаннымъ этотъ взглядъ ясно выраженъ въ l. 44 § 6 de usuc. (41.3): Eum, qui posteaquam usucapere coepit, in furorem incidit, utilitate suadente relictum est, ne languor animi damnum etiam in bonis afferat, ex omni causa implere usucapionem.

[86]) Sed hoc jure utimur, говоритъ Ульпіанъ въ l. ibid., ut et possidere et usucapere municipes possint.

мощь наслѣднику искомъ hered. petitio и тѣмъ своимъ положеніемъ, что давность продолжается и въ періодѣ hereditas jacens, то врядъ-ли задумались бы римскіе юристы допустить utilitatis causa относительно hered. jacens такое же владѣніе безъ владѣльческой воли, какое они признали за лицами недѣеспособными; давность, протекающая во время hered. jacens, есть не что иное, какъ одно изъ слѣдствій владѣнія безъ самаго владѣнія,—фикція, поражающая своею странностью не менѣе того, какъ еслибы были допущены въ данномъ случаѣ владѣльческіе интердикты.

Hered. petitio избавила юристовъ отъ этого затрудненія. Она, какъ извѣстно, имѣетъ силу не противъ каждаго, кто владѣетъ наслѣдуемыми вещами, а лишь противъ того, кто владѣетъ ими pro herede или pro possessore. Почему же только противъ этого послѣдняго? Потому же, почему и владѣльческіе интердикты даются не противъ третьяго владѣльца, а лишь противъ того, кто или отнялъ у насъ владѣніе непосредственно, или оспариваетъ его у насъ,—иными словами, облегченіе доказыванія, равно даруемое истцу въ обоихъ искахъ и состоящее въ томъ, что онъ, не доказывая своей собственности, можетъ ограничиться доказательствомъ видимости права, требуетъ извѣстнаго мотива, вытекающаго изъ личности противника. При нарушеніи владѣнія этотъ мотивъ лежитъ въ преступленіи, которое совершилъ отвѣтчикъ, въ „vi aut clam", —въ hered. petitio этому моменту соотвѣтствуетъ titulus pro possessore [87]). При владѣльческомъ спорѣ (controversia de possessione) мотивъ заключается въ томъ, что одно владѣніе, но не собственность, составляетъ предметъ спора,—этому случаю uti possidetis соотвѣтствуетъ her. petitio противъ pro herede possidens. Было бы нелѣпо взваливать на отвѣтчика доказываніе собственности наслѣдодателя предъ истцомъ, съ которымъ онъ споритъ не о собственности, а о томъ, кто изъ нихъ вправѣ требовать себѣ наслѣдство въ качествѣ наслѣдника. А противъ того лица, кто не владѣетъ ни pro

---

[87]) Въ l. 37 § 1 de usurp. (41.3) и къ pro possessore possidens примѣняется понятіе vis, возможность же присвоенія владѣнія на земельный участокъ sine vi ограничивается случаемъ, когда dominus sine successore decesserit.

herede, ни pro possessore, искъ о наслѣдствѣ такъ же мало умѣстенъ, какъ и владѣльческіе интердикты противъ третьяго владѣльца нашихъ вещей. Тутъ ужъ необходимы rei vindicatio или Publiciana.

Такимъ образомъ hered. petitio на самомъ дѣлѣ выполняетъ функцію владѣльческихъ правовыхъ средствъ. Я не хочу сказать, что этотъ искъ служитъ исключительно сказанной цѣли, — достаточно того, что онъ преслѣдуетъ ее между прочимъ. Но и въ этомъ своемъ дѣйствіи онъ переступаетъ, какъ мы замѣтили раньше (прим. 83), условія юридическаго владѣнія. Фактическое обладаніе, съуженное во владѣльческихъ интердиктахъ до понятія юридическаго владѣнія, въ hered. pet. расширяется до того объема, какой ему свойственъ въ деликтныхъ искахъ, направленныхъ на возвратъ захваченныхъ вещей [88]); оно распространяется на всѣ вещи,—слѣдовательно, и на тѣ, которыя наслѣдодатель просто держалъ, по скольку съ ними связанъ интересъ наслѣдника [89]). Дальнѣйшее развитіе владѣльческихъ интердиктовъ сравнительно съ интердиктами классической эпохи состояло въ расширеніи понятія titulus pro possessore [90]). Я докажу, по поводу interd. unde vi (VIII), что въ позднѣйшую императорскую эпоху такой же объемъ данъ былъ рекуператорной владѣльческой защитѣ.

Таковы основанія моего взгляда на значеніе владѣльческихъ исковъ. Называя его моимъ, я не увѣренъ, признаютъ-ли за мной на это право. Ибо хотя Савиньи и его послѣдователи упустили изъ виду связь владѣльческихъ средствъ съ собственностью, однако ни въ прежнее, ни въ новѣйшее время не было недостатка въ такихъ писателяхъ, которые признавали эту связь и выставляли ее въ надлежащемъ свѣтѣ. Въ виду весьма опредѣленныхъ отзывовъ нашихъ источниковъ, связь интердиктовъ retinendae poss. со

---

88) Non utique spectamus rem in bonis actoris esse.... si tamen ex bonis sit.. si ex bonis hoc est ex substantia mea res ablata esse proponatur. l. 2 § 22 Vi bon. (47.8).

89) l. 19 pr. de her. pet. (5.3).... quorum tamen periculum ad heredem pertinet.

90) l. 13 § 1., l. 16 § 4, а также de her. pet. (5.3), l. 14 § 2 quod met. (4.2). Этотъ послѣдній законъ даетъ hered. petitio наслѣднику даже противъ того, кто насильно отнялъ владѣніе у наслѣдодателя.

споромъ о собственности до Савиньи, насколько я знаю, не подвергалась сомнѣнію [91]), а практика пошла даже далѣе указаній источниковъ. Выходя изъ того положенія, что владѣльческое и петиторное разбирательство, въ сущности, не что иное, какъ фазы одного и того же процесса о собственности [92]), и потому, рѣшительно отвергая первое тамъ, гдѣ ему слѣдовало бы возникнуть отдѣльно [93]),—нѣкоторые прежніе практики учили, что судья in possessorio, если собственность сразу окажется безспорной, въ видахъ сокращенія дѣла долженъ рѣшить споръ не во владѣльческомъ, а въ петиторномъ порядкѣ [94]), — вглядъ, который нашелъ себѣ отдѣльныхъ защитниковъ даже въ нынѣшнемъ столѣтіи [95]), но долженъ былъ отступить передъ тѣмъ рѣшитель-

---

[91]) Ср., напр., древнѣйшихъ толкователей на § 4 Inst. de interd. (4.15).

[92]) Отсюда правило: finis possessorii est principium petitorii; см. напр., Gaill. Obs. pract I. 7. § 3; 32 § 11, который, въ свою очередь, ссылается на болѣе раннихъ юристовъ.

[93]) *Schiller*, Praxis jur. Rom. На независимость владѣльческаго суда отъ петиторнаго, вызванную введеніемъ интердиктовъ retin. poss., онъ смотритъ какъ на нововведеніе, не входившее въ планы претора, а явившееся лишь впослѣдствіи, и, считая ее несомнѣннымъ шагомъ назадъ сравнительно съ древнѣйшимъ правомъ, которое знало процессъ о виндикаціяхъ лишь въ качествѣ нераздѣльной части reivindicationis (Exerc. 16 § 10), онъ совѣтуетъ судьѣ не слишкомъ снисходительно допускать владѣльческіе иски и убѣждаетъ кончать дѣло въ одинъ пріемъ, „et quoad possessionem et proprietatem eodem judicio compendiose terminare". Онъ ссылается даже на автора, „qui pie monuit, remedia possessoria in conscientia valde esse periculosa; nam nullo modo posse quem sine periculo animae possessorio remedio agere, etiamsi in eo bonum faveat jus, nisi etiam in judicio proprietatis res ad eum pertineat, et aliter agendo scienter mortaliter peccari et ad omnes expensas damna et interesse parti victae teneri". (Exerc. 13 § 12).

[94]) Нпр., *Perez*, Prael. ad Cod. lib. 8 tit. 6 § 20, *Lauterbach*, Coll. theor. pract. 43, 17 § 13 и авторы, которыхъ онъ приводитъ. *Mevii* Decis. pars VII dec. 248: Notorium dominium facit cessare interdictum uti possidetis et defensionem possessionis. *Leyser* ad. Pand Spec. 468 med. 31, ссылается на приговоръ гельмштадтскаго юр. факультета; противоположное мнѣніе онъ называетъ „vetus et pervulgatus error, qui in jure fundamentum non habet, sed etiam rationi juris et aequitati adversatur". *Puffendorf*, Obs. II Nr. 113 ссылается на приговоръ целльскаго верховно-апелляціоннаго суда и высказываетъ такое мнѣніе: „cum judicia possessoria praeparandi inprimis petitorii gratia inventa sunt, qua praeparatione in petitorio manifesto non amplius indigemus.

[95]) См. Shmid, Handb. des gemeinen Civilprozesses III, стр. 84, кромѣ того—Thibaut, Pandekten § 210, и авторовъ, приводимыхъ имъ; наконецъ Sthal, Rechtsphil. II отд. I, стр. 308 (изд. 2).

нымъ вліяніемъ, которое оказалъ трактатъ Савиньи о владѣніи какъ на теорію, такъ и на практику. Съ другой стороны, однако, выводы новѣйшихъ писателей [96]) едва-ли оставляютъ мѣсто сомнѣнію, что и Савиньи, въ свою очередь, пошелъ слишкомъ далеко: онъ принесъ въ жертву своему излюбленному ученію о деликтномъ характерѣ интердиктовъ ту исходную точку, которая намѣчена для интердиктовъ ret. poss. самими источниками, и даже ихъ роль при rei vindicatio старался подвести насильственно подъ идею деликта. Интердиктъ uti possidetis, въ моихъ глазахъ,— пробный камень каждой теоріи владѣнія. Кто поставитъ себя въ необходимость искусственно вводить въ этотъ интердиктъ условіе насилія, котораго источники нигдѣ не выставляютъ, тотъ тѣмъ самымъ уже, по моему, докажетъ, что его теорія противорѣчитъ римскому праву. Мало отвѣчаетъ такая теорія и практическимъ нуждамъ, ибо эти послѣднія безусловно требуютъ, чтобы былъ открытъ законный путь для controversia de possessione, чтобы владѣльческое отношеніе, спорное, но не нарушенное ни той, ни другой стороной, могло быть приведено къ судебному рѣшенію,—словомъ, требуютъ предварительнаго владѣльческаго иска. Излишне тратить трудъ на подыскиваніе случаевъ, гдѣ потребность въ этомъ искѣ неоспорима, — они напрашиваются сами собою въ несмѣтномъ количествѣ [97]), и если нѣкоторые изъ нихъ, въ крайнемъ случаѣ, допускаютъ мысль, что владѣніе было фактически удержано отвѣтчикомъ, то для большинства эта уловка не годится. Возьмемъ, для примѣра, случай, который приведенъ въ l. 38 § 1 de poss. (41.2). Владѣніе передано подъ извѣстнымъ условіемъ; передавшій утверждаетъ, что условіе не было выполнено,

---

[96]) См. прежде всего von Vangerow, Pandekten § 336 прим. 1 и Herm. Witte, Interd. uti poss., стр. 28 сл.

[97]) Ихъ много и въ источникахъ; см., нпр., сопоставленіе текстовъ у Wiederhold'а, Interd. uti poss., стр. 18. Къ нимъ можно прибавить много другихъ, напр. l. 33, 34 pr. de poss. (41.2), l. 2 Cod. ibid. (7.32) verb. si sciente, l. 21 de usuc. (41.3). Примѣръ изъ новѣйшей практики см. у Seuffert'а Архивъ XVII № 45: многіе члены общины просятъ и получаютъ владѣльческую защиту противъ рѣшенія охранительной власти общины (мюнхенскій верховно-апелляціонный судъ). Въ томъ же сборникѣ, VIII № 221, есть подобный этому примѣръ, гдѣ однако во владѣльческой защитѣ было отказано, на мой взглядъ, несправедливо (штутгардтскій верховный судъ).

получившій—напротивъ; послѣдній, желая знать, чего держаться, хочетъ предъявить int. uti possidetis. Любопытно знать, какъ откажутъ ему въ немъ на основаніи нашихъ источниковъ, когда въ данномъ случаѣ очевидно на лицо условіе: „Si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat" (l. 1 § 3 uti poss. 33.17). Или: два лица спорятъ о владѣніи на вещь, которая находится въ держаніи (detentio) у третьяго. Держатель (положимъ—наслѣдникъ первоначальнаго держателя) знаетъ, что наслѣдодатель владѣлъ за одного изъ спорящихъ, но не знаетъ, за котораго именно, и готовъ отдать вещь тому, кто предъявитъ доказательства своего владѣнія. Нельзя думать, что онъ станетъ судиться съ обоими для того только, чтобы одному изъ нихъ проиграть и уплатить судебныя издержки. Чтò-же остается, какъ не дать спорящимъ уладить дѣло между собою, и существуетъ-ли для этого иная форма, кромѣ int. uti poss. или utrubi? Гдѣ тутъ фактическое нарушеніе, когда ни та, ни другая изъ спорящихъ сторонъ не безпокоитъ держателя? Или, быть можетъ, нарушеніе заключается въ простомъ заявленіи владѣльческихъ правъ, которое мѣшаетъ противнику осуществлять его права? Если такъ, то условіе нарушенія сводится въ концѣ концовъ къ чему-то весьма невинному—къ простымъ словамъ! Но тогда уже лучше сказать прямо и откровенно: для интердиктовъ ret. poss. требуется не нарушеніе владѣнія, а притязаніе на владѣніе со стороны противника, причемъ это притязаніе можетъ быть выражено и словесно. Признать возможнымъ нарушеніе владѣнія просто словами — никто не рѣшается, передъ такой крайностью обыкновенно отступаютъ; однако всюду, даже въ литературѣ до Савиньи, которая не была еще заражена идеей деликта, встрѣчаешься съ требованіемъ „нарушенія", и то у такихъ писателей, которые во всемъ остальномъ признавали преюдиціальную (назову ее такъ для краткости) функцію интердиктовъ retin poss. [98]). Только нѣкоторые, весьма не многіе, имѣли смѣлость высказаться за словесное нарушеніе [99]).

---

[98]) Напр. у *Voet*'а и *Westphal*'а, которыхъ приводитъ *Wiederhold* l. c., стр. 28.

[99]) Какъ *Lauterbach*, Coll. theor. pract. 43.17 § 8, и авторы, которыхъ

Нашей нынѣшней практикѣ слѣдовало бы, не задумываясь, примкнуть къ этому мнѣнію при первомъ удобномъ случаѣ [100]).

Возможность чисто преюдиціальной функціи названныхъ интердиктовъ представляетъ собою неизбѣжный результатъ идей, которыя мы до сихъ поръ развивали.

Если истинная цѣль владѣльческой защиты—облегченіе, довершеніе, усовершенствованіе защиты собственности, то ради одной послѣдовательности слѣдуетъ допустить владѣльческую защиту не только тамъ, гдѣ владѣніе нарушено, но и тамъ, гдѣ оно составляетъ только предметъ спора между двумя сторонами,—совершенно такъ, какъ это дѣлалось относительно собственности въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ, пока rei vindicatio былъ judicium duplex. Чтобы начать тогдашній искъ rei vindicatio, истцу не нужно было утверждать, что отвѣтчикъ удержалъ незаконно вещь и тѣмъ нарушилъ его право собственности,—достаточно было заявить, что они съ противникомъ не могутъ согласиться относительно собственности и просятъ судью рѣшить ихъ споръ. Въ новѣйшемъ правѣ для виндикаціи этотъ порядокъ палъ съ той самой минуты, какъ виндикація превратилась въ judicium simplex, а условіемъ ея возникновенія выставлено было владѣніе въ лицѣ отвѣтчика; но онъ остался прежнимъ для int. uti poss. и utrubi, которые удержали характеръ judicia duplicia. Нашъ нынѣшній судья не можетъ отвергнуть требованія, составленнаго въ смыслѣ этого порядка, какъ въ свое время преторъ не могъ отвергнуть подобнаго требованія, относившагося къ вопросу о собственности. А въ этомъ требованіи вопросъ о владѣніи выступаетъ чистымъ, неискаженнымъ, безъ всякой примѣси момента насилія; владѣніе является именно тѣмъ, за что выдаю его я, — однимъ изъ положеній правъ собственности, — положеніемъ, съ которымъ связанъ имущественно-правовой интересъ, положеніе, которое не только важно отстоять, когда посягнули на него, но и укрѣпить

онъ приводитъ: Putant quidem nonnulli, quod necessario ad turbationem facta requirantur; verum quod etiam verba sufficiant, probat l. 3 § 2 uti poss. (?) quod fit diffamando jus in alterius re sibi asserendo.

[100]) Ольденбургскій и мюнхенскій верховные суды такъ и поступили (см. Seuffert, Arch. VII. № 41 и XVII, 45).

за собою, когда его только оспариваютъ; словомъ, владѣніе тутъ не что иное, какъ отношеніе вещнаго права.—Едва-ли нужно вдаваться въ длинныя разсужденія о томъ, насколько сильную опору и оправданіе находитъ себѣ этотъ взглядъ въ томъ обстоятельствѣ, что римскіе юристы признаютъ за владѣніемъ способность быть объектомъ Condictiones и restitutio in integrum [101]).

VIII.

Interdicta recuperandae possessionis.

Едва-ли нужно напоминать, что рекуператорные интердикты подлежатъ нашему разсмотрѣнію лишь настолько, насколько того требуетъ цѣль настоящаго сочиненія, т. е.—лишь въ связи съ вопросомъ, гармонируютъ-ли и они также съ основной идеей, утверждаемой нами относительно владѣнія.

По господствующему ученію, римское право ограничиваетъ рекуператорную защиту владѣнія тремя случаями: случаями захвата вещи vi или clam, и случаемъ уступки ея precario. Для перваго и третьяго изъ нихъ, кромѣ интер-

[101]) l. 2 de cond. trit. (13.3) Sed. et ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, posse fundum condici... Sed ita, si dominus sit, qui dejectus condicat; ceterum si non sit, possessionem condicere Celsus ait, l. 25 § 1 de furt. (47.2). l. 15 § 1 de cond. ind. (12.6).... quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicujus rei tradidissem, condicerem, l. 9 § 2. l. 21 § 2 quod met. (4.2) qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, ejus quadruplum.... consequetur. Яснѣе этого самостоятельная имущественно-правовая цѣнность владѣнія выражена быть не можетъ, хотя я, съ своей стороны, конечно, не желалъ бы, чтобы мнѣ пришлось оцѣнивать стоимость possessio такъ, какъ этого требуетъ юристъ. Объ restitutio in integrum см. l. 23 § 3 ex quib. c. maj. (4.6).—Брунсу (l. c., стр. 27 сл.) мы обязаны тѣмъ, что на этотъ давно заброшенный вопросъ вновь обращено вниманіе.

диктовъ retin. possess., которые прилагались и здѣсь, хотя съ ограниченіемъ срока („annus utilis“ и „major pars anni“), существовали еще спеціальные: изъятые изъ такого ограниченія интердикты: unde vi и de precario, тогда какъ существованіе особаго интердикта de clandestina possessione въ древнѣйшемъ правѣ остается сомнительнымъ.

Къ числу наиболѣе установившихся догматовъ ученія о владѣніи принадлежитъ тотъ, что int. de precario имѣетъ полное право называться интердиктомъ recup. possessionis. Я самъ раздѣлялъ этотъ взглядъ въ первомъ изданіи настоящаго сочиненія, но потомъ пришелъ къ тому убѣжденію, между прочимъ, и относительно этого вопроса. Что къ int. de precario никоимъ образомъ не приложима идея преступнаго нарушенія чужаго владѣнія, на которой Савиньи построилъ всю свою теорію владѣльческой защиты,— это я доказалъ еще въ первомъ изданіи (подробнѣе я развилъ ту же мысль выше, см. стр. 17 сл.). Но тогда я упустилъ изъ виду слѣдующее:

1. Что въ нашихъ источникахъ int. de precario нигдѣ не называется интердиктомъ recup. possessionis.

Ни одинъ римскій юристъ не далъ ему такого названія, ни одинъ не употребилъ для него выраженіе „recuperare“ [101a]). Ни въ институціяхъ (§ 6 I. de int. 4 . 15), ни въ Пандектахъ (l. 2 § 3 de interd. 43.1), ни у Гая (IV 154), ни у Θеофила (IV 15 § 6) — нигдѣ онъ не поставленъ рядомъ съ int. unde vi въ качествѣ втораго интердикта recup. possessionis; какъ въ преторскомъ эдиктѣ, такъ и въ Пандектахъ масса другихъ интердиктовъ отдѣляетъ его отъ int. unde vi, за которымъ онъ, какъ второй рекуператорный интердиктъ, долженъ бы слѣдовать непосредственно [101b]).

Не простая-ли это случайность? Отвѣтъ на вопросъ дастъ мое второе положеніе.

2. Интердикту de precario не достаетъ существенныхъ чертъ, характеризующихъ настоящій владѣльческій искъ.

[101a]) Еслибы достаточно было выраженія „restituere“, попадающагося нерѣдко, то на названіе рекуператорныхъ могла бы претендовать масса другихъ интердиктовъ.

[101b]) Int. unde vi помѣщенъ въ 16 титулѣ 43 книги Пандектъ, интердиктъ же de precario—въ 26 титулѣ.

a) онъ не предполагаетъ въ лицѣ концедента т. е. уступившаго свою вещь въ чье-либо прекарное пользованіе, непремѣнно владѣніе:

l. 18 de prec. (43.26): Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat precario dare ei, qui possideat.

Наслѣдникъ проситъ легатора, который требуетъ отъ него выдачи вещей, отказанныхъ по завѣщанію, оставить ихъ у него еще на нѣкоторое время. Третій владѣлецъ моихъ вещей, которому я предъявилъ доказательства моей собственности, признаетъ за мной право и получаетъ отъ меня отсрочку въ выдачѣ вещи. Опираясь на приведенную цитату, я могу требовать выдачи путемъ int. de precario, между тѣмъ я никогда не владѣлъ вещью! Или, быть можетъ, я пріобрѣлъ владѣніе черезъ constitutum possessorium? Но constitutum possessorium предполагаетъ detentio въ лицѣ представителя. Правда, что и прекарій можетъ быть направленъ на простое держаніе („ut in possessione esset“), но если это не оговорено отдѣльно, — прекаристъ имѣетъ юридическое владѣніе, слѣдовательно, хозяинъ одновременно съ нимъ владѣть не можетъ. Если предположить, что въ вышеупомянутыхъ случаяхъ съ уступкой прекарія владѣніе переходитъ на собственника, и новая causa для обратнаго перехода его на прекариста не возникаетъ, то собственникъ удержитъ владѣніе и на все послѣдующее время, иными словами: либо въ этихъ случаяхъ владѣніе переходитъ черезъ precarium на концедента, — тогда послѣдній имѣетъ его и послѣ, а прекаристъ не имѣетъ владѣнія, — либо прекаристъ удерживаетъ владѣніе (мѣняется только causa), и тогда концедентъ не можетъ его получить ни на минуту. Выводъ: int. de precario—не рекуператорный интердиктъ, ибо, хотя переходъ владѣнія съ хозяина на прекариста и составляетъ фактическое правило, тѣмъ не менѣе это не есть необходимое условіе прекарія.

b) Противъ int. de precario возникаетъ возраженіе, опирающееся на право собственности отвѣтчика.—l. 4 § 3 ibid. Item si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, sed non habeo precario, idcirco quia receptum est rei suae precarium non esse.

„Habere precario“—слова интердикальной формулы. l. 2 pr. ibid. Quod ab illo precario habes.

Если отвѣтчику удавалось доказать свою собственность и тѣмъ опровергнуть это „habere precario", то судъ отклонялъ искъ. Новѣйшей римской юриспруденціи [101c]), правда, не чуждо было положеніе, что и собственникъ можетъ брать precario свои вещи у дѣйствительнаго владѣльца (precarium „possessionis" въ отличіе отъ precarium „proprietatis"), но это — исключительный случай; вообще же (т.-е. когда возникаетъ обыкновенный прекарій, или, говоря словами источниковъ, когда прекарій основывается на собственности") прекаристъ, который, владѣя, открылъ, что онъ самъ собственникъ, имѣетъ противъ интердикта возраженіе о правѣ собственности.

Согласно-ли это съ природой владѣльческаго интердикта! Вѣдь въ томъ-то и сущность всѣхъ владѣльческихъ интердиктовъ (между прочимъ и int. adip. poss.), что въ нихъ вопросъ о правѣ принципіально исключается!

c) Кто заставитъ прекариста обѣщать (по стипуляціи) выдачу прекарія, тотъ теряетъ int. de precario.

l. 15 § 3 ibid. Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium ei interdictum non competit.

Между тѣмъ владѣльческое правовое средство и личный искъ о выдачѣ нисколько не исключаютъ другъ друга. Хозяинъ, прогнанный своимъ арендаторомъ, можетъ, если захочетъ, требовать возврата земли путемъ act. locati, но ни одинъ римскій юристъ не усматривалъ въ этомъ повода къ тому, чтобы не надѣлять его также интердиктомъ unde vi [101d]).

Что-же придаетъ интердикту de precario владѣльческій характеръ, если въ немъ нѣтъ существенныхъ чертъ этого послѣдняго? Одно развѣ то, что онъ направленъ на выдачу владѣнія. Но еслибы этого было достаточно, то и rei vindicatio и act. emti были бы владѣльческими исками.

[101c]) Что это положеніе новѣйшаго происхожденія, видно изъ того способа, какимъ мотивируетъ его Ульпіанъ въ l. 6 § 4 ibid.: mihi verius videtur.... et est haec sententia etiam utilissima.

[101d]) l. 12 de vi (43.16). Признаюсь, я не могу постигнуть, какимъ образомъ изъ того обстоятельства, что „прекарій вовсе не разсматривается, какъ договоръ", должно слѣдовать, что „интердиктъ прекращаетъ свою силу, какъ только возникаетъ новое исковое право, вытекающее изъ юридической сдѣлки" (Сав. стр. 460).

Итакъ Савиньи (до него, насколько я знаю, этого не дѣлали) причислилъ int. de precario къ интердиктамъ recup. possessionis такъ же неосновательно, какъ и поименованные на стр. 70 интердикты къ интердиктамъ adipiscendae possessionis [101e]).

Устранивъ такимъ образомъ int. de precario, мы ограничимся въ дальнѣйшемъ остальными двумя случаями: насильственнымъ и тайнымъ захватомъ владѣнія. Извѣстно, что для новѣйшаго права послѣдній случай не имѣетъ большаго практическаго значенія. По новѣйшему праву, владѣніе на недвижимыя вещи тайно, т.-е. безъ вѣдома владѣльца, не теряется; оно считается утеряннымъ лишь съ того момента, какъ владѣлецъ узналъ о захватѣ. Если виновникъ захвата не захочетъ отступиться отъ вещи добровольно, то противъ него возникаетъ, какъ будетъ показано ниже, int. unde vi; иными словами, новѣйшее право видитъ въ такомъ самовольномъ присвоенiи владѣнія, если оно не осталось на степени одной попытки, насильственный захватъ. Что касается до владѣнія на движимыя вещи, то оно теряется clam, но такое присвоеніе подводится обыкновенно подъ понятіе furtum или самоуправства, и правовыхъ средствъ, вытекающихъ отсюда, бываетъ достаточно. Съ другой стороны, не подлежитъ никакому сомнѣнію возможность требовать выдачи этихъ вещей путемъ интердикта utrubi. Однако, какъ бы то ни было, въ основу нашей критики римской системы рекуператорныхъ средствъ защиты (интердикта unde vi и int. ret. poss. въ ихъ рекуператорной функціи) мы должны будемъ положить оба случая потери владѣнія: и vi, и clam.

Преслѣдуя основную идею настоящаго сочиненія, я смотрю на эту систему охранительныхъ средствъ съ иной точки зрѣнія, чѣмъ господствующая теорія. Эта послѣдняя не идетъ дальше того факта, что защита ограничена двумя случаями: vi и clam, и видитъ въ немъ нѣчто несомнѣнное; напротивъ, меня интересуютъ гораздо болѣе вопросы: чѣмъ вызвано это ограниченіе, чѣмъ его можно оправдать, отвѣчаетъ-ли оно потребностямъ жизни? Конечно, не имѣть на

101e) Какъ собственно должно понимать int. de precario—это не подлежитъ здѣсь нашему разсмотрѣнію.

этотъ счетъ никакихъ сомнѣній—весьма удобно, но господствующая теорія учитъ насъ тому, что̀, на мой взглядъ, есть не болѣе, какъ слѣдствіе ложнаго пониманія смысла и значенія владѣльческой защиты.

Если владѣльческая защита, какъ это, я надѣюсь, достаточно доказано выше, почерпаетъ свой законодательный мотивъ не изъ преступленія виновника захвата, а изъ интереса владѣльца, то необходимо допустить, что она должна простираться такъ же далеко, какъ далеко простирается этотъ интересъ. Но интересъ владѣльца вовсе не ограничивается требованіемъ для себя безопасности отъ тайнаго или насильственнаго захвата владѣнія; напротивъ, онъ требуетъ защиты отъ захватовъ всякаго рода, безотносительно къ тому, подойдутъ-ли они подъ понятіе преступленія, совершеннаго противникомъ, или нѣтъ. О преступленіи не можетъ быть рѣчи, когда кто-нибудь bona fide владѣетъ чужою вещью, какъ своею, только потому, что она нечаянно попала въ число его вещей, или когда покупщикъ имѣнія вспашетъ по ошибкѣ, какъ свой собственный, клочекъ земли, принадлежащій къ владѣніямъ сосѣда, или когда кто-либо купитъ землю у мнимаго собственника, который, въ дѣйствительности, окажется только арендаторомъ какого-нибудь другаго лица. Разъ рекуператорная защита владѣнія связана съ условіемъ vi aut clam—прежній владѣлецъ во всѣхъ этихъ случаяхъ долженъ вчинать искъ о правѣ, что̀ иной разъ можетъ равняться потерѣ вещи въ виду той трудности, съ которой связано доказываніе собственности. Я, съ своей стороны, вижу въ такомъ порядкѣ одну, ничѣмъ не оправдываемую строгость, по поводу которой мнѣ остается спросить: неужели римское право ея не замѣчало и гдѣ ея мотивы? Относительно первой части вопроса не слѣдуетъ упускать изъ виду, что вплоть до Юстиніана для движимыхъ вещей такого пробѣла не существовало. Int. utrubi, посредствомъ котораго можно было потребовать обратно движимыя вещи даже изъ третьихъ рукъ, не былъ связанъ съ условіемъ преступнаго присвоенія владѣнія, и полною отмѣною интердикта Юстиніанъ, по моему, существеннымъ образомъ ухудшилъ древнѣйшее право; ему слѣдовало бы, въ крайнемъ случаѣ, запретить utrubi противъ третьяго лица, но оставить противъ того, кто былъ непо-

средственнымъ виновникомъ потери владѣнія. Рекуператорные же интердикты для недвижимыхъ вещей, напротивъ, были, какъ извѣстно, ограничены двумя главными случаями неправомѣрнаго захвата: vi aut clam — фактъ, который я берусь объяснить, но не оправдать. Извѣстно, что правовыя понятія на первыхъ порахъ своего появленія въ исторіи нерѣдко бываютъ облечены въ очень узкую форму, которая далеко не соотвѣтствуетъ ихъ истинному назначенію и роли въ тѣхъ или другихъ случаяхъ и которую они сбрасываютъ съ себя, лишь пройдя долгій путь развитія [102]). Будучи продуктами потребностей и опыта, а не отвлеченнаго мышленія, они обыкновенно не простираются далѣе тѣхъ практическихъ побужденій, которыя вызвали ихъ къ жизни, и довольствуются конкретными опредѣленіями, которыя въ доступной, осязательной, но въ большинствѣ случаевъ слишкомъ узкой формѣ передаютъ сущность отношенія. Много примѣровъ приводить не стану, укажу всего на одинъ: на понятіе damnum injuria datum. Отвлеченное его опредѣленіе, которое мы встрѣчаемъ въ позднѣйшей юриспруденціи, для lex Aquilia было слишкомъ трудно; lex Aquilia формулируетъ его вполнѣ конкретно: quod usserit, fregerit, ruperit. Точно такимъ же образомъ поступилъ преторъ относительно владѣльческихъ интердиктовъ, придавъ понятію неправомѣрнаго захвата вполнѣ конкретный смыслъ двухъ главныхъ случаевъ: vi и clam. Для большинства владѣльческихъ тяжбъ и такого опредѣленія было достаточно, ибо юристы путемъ разумной интерпретаціи слѣдили за тѣмъ, чтобы оно получало надлежащую широту [103]). Но юристы въ своемъ толкованіи знали извѣстную мѣру: не могли они, напр., не исказивъ до неузнаваемости понятія vis, подвести подъ него тѣ три случая, которые мы привели выше на стр. 83.

Но чего не могли юристы, то могло законодательство, и, по моему мнѣнію, позднѣйшее императорское законодательство, на самомъ дѣлѣ, заполнило пробѣлъ, которымъ страдали интердикты. Взглядъ этотъ, нѣкогда весьма распрост-

---

102) См. мое соч. Geist. des R. R. II Отд. 2 стр. 366 сл. (Изд. 2 стр. 321).

103) Именно—путемъ толкованія понятія vis, котораго они вовсе не сводили, подобно Савиньи (стр. 429) къ одному „насилію, направленному непосредственно противъ личности"; см., напр., l. 1 § 24, 29, l. 3 § 7, 8; l. 12, 18 de vi (43.16) и др.

раненный, оспариваемый лишь изрѣдка, поддержанный даже такимъ авторитетомъ какъ Куяцій [104]), въ нынѣшнемъ столѣтіи сталъ все болѣе и болѣе отступать передъ тѣмъ возраженіемъ, которое поднялъ противъ него Савиньи. Меня это возраженіе убѣдить не въ силахъ; напротивъ, я не понимаю, какъ можетъ его поддерживать тотъ, кто безпристрастно просматривалъ относящіяся сюда мѣста Ѳеодосіева и Юстиніанова кодексовъ. Но разъ въ основу всей владѣльческой теоріи, какъ это мы видимъ у Савиньи, положено предвзятое мнѣніе, что владѣльческіе интердикты должны быть деликтными исками, что весь правовой интересъ владѣнія исчерпывается тѣмъ, что оно можетъ быть объектомъ преступленія,—тогда, во имя спасенія ложнаго фундамента всей владѣльческой теоріи, понятно, будутъ пущены въ ходъ и возможныя, и невозможныя средства, лишь бы убрать съ дороги тотъ или другой неподходящій фактъ.

Куяцій, котораго самъ Савиньи называетъ главнымъ защитникомъ вышеприведеннаго взгляда, кратко и точно сопоставилъ всѣ доводы, которые можно почерпнуть по этому вопросу изъ источниковъ [105]), не воспользовавшись всего однимъ или двумя текстами, такъ что доводы Куяція нуждаются съ моей стороны не столько въ пополненіи, сколько въ защитѣ противъ возраженій Савиньи.

Савиньи придаетъ большое значеніе тому обстоятельству, что Юстиніанъ ни въ Институціяхъ, гдѣ интердикту unde vi посвящено едва шесть строкъ (§ 6 J. de int. 4. 15), ни въ Пандектахъ не говоритъ о мнимомъ расширеніи владѣльческой защиты въ новѣйшемъ правѣ. Но мало-ли въ Кодексѣ прибавилось новаго, о чемъ ни слова нѣтъ въ тѣхъ сборникахъ! Притомъ въ данномъ нововведеніи дѣло шло не объ отмѣнѣ интердикта unde vi, какъ можно бы подумать по Савиньи, а о распространеніи его путемъ аналогіи на вполнѣ опредѣленные случаи. Вѣдь не упомянулъ же Юстиніанъ въ Институціяхъ о томъ коренномъ преобразованіи, которое онъ, по мнѣнію Савиньи (см. ниже), сдѣлалъ въ l. 11 Cod. unde vi (8.4) и которымъ будто-бы отмѣнилъ основное положеніе прежней владѣльческой теоріи: существованіе владѣнія, какъ условіе interd. unde vi; онъ не примирилъ

---

[104]) См. у Савиньи, стр. 466.

[105]) Главнымъ образомъ въ своихъ Observat. I. 20, XIX. 16.

съ этимъ преобразованіемъ и выраженій юристовъ въ Пандектахъ.

Всѣ тексты, касающіеся преобразованія, о которомъ у насъ идетъ рѣчь, принадлежатъ къ титулу unde vi Θеодосіева (IV, 22) и Юстиніанова (VIII, 4) Кодексовъ, за исключеніемъ одного, который находится въ титулѣ de acquirenda vel amittenda possessione. Если эти тексты предписываютъ возстановлять владѣніе въ извѣстныхъ случаяхъ ненасильственной потери, то подходящимъ правовымъ средствомъ,—подходящимъ въ смыслѣ редакторовъ этихъ сборниковъ—слѣдуетъ считать не rei vindicatio, какъ этого хочетъ Савиньи (см. ниже), ссылаясь на l. 4 Cod. h. t.,—мѣсто, которое его особенно безпокоитъ,—а владѣльческое правовое средство, т.-е. такое, для котораго требуется лишь доказать владѣніе и утверждаемый его захватъ. Будетъ-ли это самый interd. unde vi или интердиктъ, аналогичный ему, это — вопросъ формальный и неважный. Всѣмъ извѣстно, какое вліяніе имѣло упраздненіе ordo judiciorum privatorum на формальное понятіе интердиктовъ [106]). Ослабленіе и паденіе древняго понятія интердиктовъ, что можно уже замѣтить въ словахъ Конституцій конца третьяго и начала четвертаго вѣка [107]), способствовало расширенію области приложенія интердикта unde vi подобно тому, какъ появленіе actionum in factum помогло расшириться иску legis Aquiliae. Возникаетъ даже новое названіе: interdictum momentariae possessionis (l. 8 Cod. unde vi, l. 8 Cod. Theod. de Iurisd. 2. 1), actio momenti (l. 6. Cod. Theod. ibid.) или momentaneae possessionis actio (l. 3 Cod. Qui legit pers. 3 6); прогнанный владѣлецъ имѣетъ facultas ad repetendum momentum (l. 4 Cod. Theod.); судья долженъ его возстановить въ momentaria possessio (l. 1 Cod. Theod. [108]). Въ эпоху, когда языкъ грубѣетъ—таковы были

---

[106]) § ult. J. de interd. (4.15).

[107]) См., напр., l. 3 Cod. de interd. (8.1): Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur. l. 2 Cod unde vi (8.4) restituendos esse interdicti exemplo. l. 4 ibid. ad instar interdicti unde vi convenire potes. l. 1 Cod. si per vim (8.5) actionem recuperandae possessionis.

[108]) Массу другихъ текстовъ съ подобными выраженіями см. у Jac. Gothofr. въ его комментаріи къ вышеуказанному титулу Cod Theod. томъ I, стр. 449 (изд. Ritter).

послѣдніе годы имперіи—наплывъ новыхъ выраженій служитъ вѣрнымъ признакомъ того, что создаются новыя, связанныя съ ними понятія; въ данномъ однако случаѣ было иначе. Что подъ act. momentariae possessionis не слѣдуетъ разумѣть interd. unde vi въ смыслѣ римскихъ юристовъ—это можно, по моему, довести до степени очевидности. Двумя существенными особенностями характеризуется этотъ искъ въ отличіе отъ int. unde vi древняго права [109]). Первая изъ нихъ, о которой Савиньи не упоминаетъ вовсе въ своей книгѣ, была введена эдиктомъ Константина, см. l. 1 Cod. Theod. h. t. (l. 1 Cod. Iust. si per vim 8 5) и кратко выражена въ эдиктѣ Өеодосія и Гонорія, l. 3 Cod. Qui legit. (3.6); Momentaneae possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam. Второе преобразованіе заключалось въ расширеніи понятія неправомѣрнаго захвата за предѣлы понятія vis, о чемъ у насъ и идетъ рѣчь. Самый фактъ преобразованія неоспоримѣйшимъ образомъ доказывается массой свидѣтельствъ. Такъ, рядомъ съ vis признается возможнымъ и другаго рода нарушеніе владѣнія;

Заглавіе lib. VIII 5 Cod.: si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio; l. un. Cod. ubi de poss. (3.6): ubi vis facta dicitur aut momentaria possessio postulanda est;

поставляется, далѣе, ясно на видъ неодинаковая важность этихъ случаевъ въ уголовномъ отношеніи,

l. 5 Cod. h. t. Invasor locorum poena teneatur legitima, si tamen vi loca eadem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine poena possessio restitui debet [110]).

l. 8 ibid. Momentariae possessionis interdictum, quod

---

[109]) Jac. Gothofr. op. cit. приводитъ не менѣе двѣнадцати. Слѣдуетъ-ли считать третьей его особенностью быстроту судопроизводства, или нѣтъ — зависитъ отъ извѣстнаго спорнаго вопроса о суммарной природѣ интердиктовъ классическаго права. Эта быстрота оттѣняется во многихъ мѣстахъ, какъ напр.: Cod. Theod. l. 5 de denunt. 2.4: juris suffragium, quod in celeri reformatione consistit. l. 4 unde vi 4.22: celeri redhibitione l. 1 utrubi 4.23: celeri reformatione l. 3 ad leg. Jul. de vi 9.10: amissae possessionis jura reparentur eademque protinus restituta. Cod. Inst.: l. 6 unde vi 8.4: illico reddatur, l. 14 de agric. (11.47) и мн. др.

[110]) Это мѣсто представляетъ собою заключительное положеніе l. 1 Cod. Theod. fin. reg. (2.26).

non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione meretur [111]);

но кромѣ того, по соотвѣтствующимъ титуламъ разбросанъ цѣлый рядъ такихъ случаевъ, въ которыхъ признается обязательнымъ возстановленіе владѣнія, неправомѣрно захваченнаго, но которые ни коимъ образомъ не могутъ быть объяснены съ точки зрѣнія vis.

Прежде, чѣмъ приводить эти случаи, я обращусь къ возраженіямъ, которыми Савиньи старается ослабить доказательную силу четырехъ вышеуказанныхъ текстовъ. Онъ думаетъ, что заглавный текстъ можно обойти слѣдующимъ образомъ: l. 2 того же титула—единственный, къ которому могутъ относиться слова „vel alio modo“, — опредѣляетъ, что въ случаѣ отсутствія одной изъ тяжущихся сторонъ спорное владѣльческое отношеніе не можетъ быть видоизмѣнено ни по рескрипту императора, ни по декрету судьи. Очевидно, Савиньи хочетъ сказать, что этотъ законъ относится лишь къ процессу и что составители кодекса неудачно выбрали для него мѣсто. Я съ этимъ рѣшительно не согласенъ. Постановленіе, одинаково касающееся и процесса, и владѣнія, можетъ быть помѣщено въ обоихъ этихъ отдѣлахъ. Такъ, на самомъ дѣлѣ и поступили составители Юстиніанова Кодекса относительно вышеупомянутой первой особенности act. momentaneae possessionis. Приведенное мѣсто взято изъ l. 5 Cod. Theod. unde vi (4.22),—стало быть, еще составители Ѳеодосіева Кодекса считали связь этого постановленія съ владѣніемъ весьма важною, что̀ не трудно понять и изъ нашего изложенія. Редакторы Юстиніанова Кодекса не необдуманно послѣдовали этому примѣру; что мѣсто этого текста въ системѣ было предметомъ серіознаго обсужденія съ ихъ стороны—это очевидно изъ того, что они не оставили его въ титулѣ unde vi (VIII, 4), а перенесли въ титулъ, вновь ими созданный [112]). По смыслу Ѳеодосіева Кодекса, случай, о которомъ говорится въ этомъ текстѣ, несомнѣнно принадлежитъ расширенной области примѣненія интердикта unde vi. Имѣя передъ глазами такой фактъ,

---

[111]) Изъ словъ non semper этого послѣдняго мѣста можно заключить, что interd. или act. momentariae poss. обнималъ также случаи интердикта unde vi.

[112]) И составители Базиликъ помѣщаютъ его во владѣніи, lib. 50 tit. 3 l. 52.

юстиніановы компиляторы ничѣмъ не могли засвидѣтельствовать такъ ясно расширеніе области примѣненія этого интердикта, какъ тѣмъ, что относящійся сюда титулъ, гдѣ сообщается о двухъ коренныхъ нововведеніяхъ въ сравненіи съ древнѣйшимъ правомъ, помѣстили между титулами: unde vi (VIII, 4) и uti poss. (VIII, 6).

О второмъ изъ вышеприведенныхъ мѣстъ Савиньи не упоминаетъ; его впрочемъ не приводилъ до сихъ поръ, насколько я знаю, ни одинъ авторъ. Относительно третьяго онъ опять дѣлаетъ упрекъ въ неудачной систематической постановкѣ—упрекъ, говоря мимоходомъ, обоюдоострый въ устахъ Савиньи, ибо единственный аргументъ, которымъ держится его извѣстное мнѣніе, будто interd. unde vi въ новѣйшемъ правѣ былъ распространенъ на движимыя вещи, состоитъ въ томъ... что l. 7 Cod. h. t. (о наказаніяхъ за самоуправный захватъ владѣнія) помѣщенъ въ титулѣ unde vi! Вопіющее противорѣчіе — разъ считать то, что законъ вставленъ въ извѣстный титулъ, обстоятельствомъ совсѣмъ неважнымъ, другой разъ — придавать этому значеніе, необыкновенное по своимъ послѣдствіямъ; разъ обвинять составителей въ полной необдуманности относительно этого вопроса, другой разъ—приписывать имъ рѣдкую тщательность въ обсужденіи послѣдняго и рѣдкій лаконизмъ, который на самомъ дѣлѣ по своей крайности въ данномъ случаѣ заслуживаетъ скорѣе порицанія, чѣмъ похвалы. Точку опоры для возраженія противъ названнаго текста Савиньи видитъ въ томъ, что тамъ говорится: per errorem vel incuriam domini, вмѣсто: possessoris, чѣмъ будто бы „достаточно ясно" указывается на reivindicatio. Трудно понять, какъ могъ ученый, подобный Савиньи, воспользоваться для возраженія такимъ пустымъ обстоятельствомъ; самъ-же онъ иной разъ преспокойно проходитъ его молчаніемъ [113]). Такое возраженіе даже въ устахъ Савиньи не заслуживаетъ иного отвѣта, какъ только простаго указанія на множество мѣстъ, гдѣ „dominus" предъявляетъ владѣльческіе интердикты (стр. 67—69).

---

[113]) Ибо съ такимъ же точно правомъ могъ бы онъ отнести къ reivindicatio и слова l. 12 Cod. de poss. (7.32): nihil penitus domino praejudicii generetur, между тѣмъ тутъ (стр. 372), онъ безъ всякихъ подозрѣній понимаетъ ихъ въ смыслѣ продолженія владѣнія.

Наконецъ въ четвертомъ мѣстѣ говорится будто бы, что есть случаи, гдѣ возможенъ старый int. unde vi, но не accusatio ex lege Iulia. Доказательство этого положенія такъ и осталось за Савиньи, ибо тотъ случай, на который онъ думаетъ опереться (именно, если кто-нибудь, въ отсутствіи владѣльца, захватитъ безъ особаго насилія его землю, а этотъ послѣдній не рѣшается вернуться, то въ этомъ нѣтъ никакого crimen vis), не только не находитъ опоры въ теоріи пандектныхъ юристовъ [114]), но самого Юстиніана ставитъ въ противорѣчіе съ самимъ собою. Въ l. 11 ibid. Юстиніанъ ясно постановляетъ поступать съ такимъ оккупантомъ, какъ съ „praedo".

Обратимся теперь къ единичнымъ случаямъ, гдѣ новѣйшее право допустило interd. или actio momentariae possessionis. Они слѣдующіе:

1. Ошибка. Основываясь на вышеприведенномъ l. 5 Cod. h. t., можно спорить о томъ, слѣдуетъ-ли подъ „per errorem" разумѣть только ошибку прежняго владѣльца, или также ошибку того, кто захватилъ владѣніе; все зависитъ отъ того, куда отнести прибавку „domini": къ „per errorem" или къ „incuriam". Смыслъ l. 11 ibid. не оставляетъ сомнѣнія, что обязанность возвратить взятое возникала и въ случаѣ ошибки того, кто взялъ, ибо Юстиніанъ ясно отвергаетъ отговорку, которая, повидимому, часто слышалась при захватѣ земель отсутствующихъ лицъ: принялъ, молъ, землю противника по ошибкѣ за свою (ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem quasi propriam occupaverit, omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere). Практическое значеніе этого случая очевидно. При переходахъ земельной собственности путемъ наслѣдованія или путемъ продажи можетъ случиться, что новый собственникъ, не имѣя точныхъ свѣдѣній относительно величины своего имѣнія, по недосмотру станетъ владѣть либо слишкомъ малымъ, либо слишкомъ большимъ пространствомъ. Воспользуется-

[114]) Ср., напр., слѣдующія мѣста изъ титула ad leg. Iul. de vi privata (48.7), гдѣ оттѣняется только вещный моментъ присвоенія чужихъ вещей, но не упоминается о насиліи противъ владѣльца: l. 3 § 2 per injuriam ex bonis ablatum quid. l. 7 si in rem debitoris intraverint nullo id concedente. l. 8 sine auctoritate judicis res debitoris occupet.

ли сосѣдъ въ первомъ случаѣ его ошибкой и присвоитъ себѣ остатокъ, или, наоборотъ, не замѣтитъ ея во второмъ случаѣ — ошибка подаетъ поводъ къ измѣненію владѣльческаго отношенія, которое по древнѣйшему римскому праву могло быть приведено въ прежній видъ только посредствомъ reivindicatio, но никакъ не посредствомъ владѣльческаго иска [115]). Потребность въ помощи была тутъ неоспорима, ибо ничѣмъ нельзя, на мой взглядъ, оправдать той строгости, что собственникъ долженъ доказывать свою собственность передъ противникомъ, относительно котораго онъ могъ доказать, что тотъ присвоилъ себѣ его владѣніе безъ всякаго законнаго основанія. Позднѣйшее право распространило на этотъ случай понятіе injusta possessio, и только тотъ можетъ найти въ этомъ нѣчто, достойное порицанія, кто, не понимая истинной цѣли владѣльческой защиты, ставитъ свое самодѣльное, узкое, школьное пониманіе выше запросовъ жизни. Не безразлично-ли для интереса владѣльца — а мѣриломъ всего института владѣнія долженъ быть только интересъ этого послѣдняго — отнялъ-ли у него противникъ владѣніе насильственно или другимъ какимъ-нибудь образомъ? Довольно того, что это было сдѣлано injuste, противъ его воли, тогда какъ владѣніе въ принципѣ признано отношеніемъ, достойнымъ защиты и требующимъ ея. Сколько, далѣе, разъ возникаетъ сомнѣніе, какъ смотрѣть на дѣйствіе третьяго лица: какъ на присвоеніе или только какъ на попытку присвоить? Положимъ, что въ вышеприведенномъ случаѣ собственникъ не отлучался изъ своего имѣнія (къ нему, стало быть, ужъ не приложимы тѣ правила, по которымъ теряютъ владѣніе на земли лица отсутствующія), но узнаетъ лишь весною, что его сосѣдъ прошлой осенью вспахалъ или обнесъ заборомъ отдаленный участокъ его земли: потревожено-ли только его владѣніе или же захвачено? Если судья выскажется въ пользу перваго предположенія, то истцу достаточно будетъ предъявить владѣльческій искъ, т.-е. доказать свое владѣніе; если же—въ пользу втораго, то истцу придется прибѣгнуть къ иску о правѣ,

---

115) 1 37 § 1 de usurp. (41.3). Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore abfuerit. „Negligentia domini" соотвѣтствуетъ здѣсь „incuria domini" вышеприведеннаго текста.

т.-е. представить доказательство своей собственности. Что получилось бы въ результатѣ такого правопорядка? То, что судья, одаренный нѣкоторымъ практическимъ тактомъ, старался бы всегда высказаться за продолженіе владѣнія.

2. Недобросовѣстность представителя. Если detentor alieno nomine передалъ владѣніе на землю третьему лицу, то по древнѣйшему римскому праву у собственника не было владѣльческой защиты противъ сказаннаго третьяго лица; для него были открыты въ этомъ случаѣ исключительно петиторныя правовыя средства. Очевидно, собственнику грозила большая опасность,—опасность, по волѣ арендатора, иной разъ совсѣмъ потерять свою вещь, ибо извѣстно, что доказываніе собственности, которое такъ легко выливается изъ-подъ пера теоретика, на дѣлѣ нѣсколько труднѣе, чѣмъ на бумагѣ. Заслуживаетъ-ли новѣйшее право упрека въ томъ, что оно заполнило этотъ очевидный пробѣлъ? Это было сдѣлано впервые закономъ, которымъ мы до сихъ поръ не пользовались для нашего вопроса, закономъ Граціана и Валентиніана (382) l. 6. § 1 Cod. h. t. (l. 2 Cod. Theod. h. t.) по поводу особаго случая, когда опекуны, сговорившись, уступили владѣніе, принадлежащее опекаемымъ, противнику. Опекаемые не должны были страдать отъ этой „culpa temeritatis alienae“, „sed illico quidem possessio ei, a quo ablata est, reddatur“. На то, что здѣсь подразумѣвалось владѣльческое правовое средство, указываетъ мѣсто этого текста въ титулѣ unde vi и особое удареніе, которое законодатель дѣлаетъ относительно быстроты судопроизводства (illico reddatur), что̀, по позднѣйшей терминологіи, служитъ вѣрнымъ признакомъ act. mom. poss. [116]). То же самое сдѣлалъ Діоклетіанъ въ l. 5 Cod. de poss. (7.32) на случай продажи имѣнія со стороны арендатора. Такъ какъ онъ употребляетъ выраженіе: dominii tui jus non convelli, то можно думать, что здѣсь говорится о reivindicatio. Но не таковъ смыслъ этого выраженія: напротивъ, императоръ имѣетъ въ виду защиту владѣнія; это доказывается не только заглавіемъ de acquirenda et retinenda possessione, но и положеніемъ, выставленнымъ въ началѣ текста: nemo causam possessionis sibi mutare potest, не говоря уже о томъ, что въ против-

---

116) См. мѣста, приводимыя у Jac. Gothofredus. op. cit.

номъ случаѣ пришлось бы вложить въ уста императора нелѣпое положеніе: арендаторъ не долженъ лишать своего хозяина собственности. Юстиніанъ закономъ l. 12 Cod. de poss. (7.32) распространилъ это постановленіе на всѣхъ представителей по владѣнію вообще:

> ut sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit desidia forte aut dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praejudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.

Собственникъ, слѣдовательно, не долженъ терпѣть убытка т.-е. вещь должна быть возвращена ему, и то не на основаніи его собственности, чего, насколько я знаю, и не утверждалъ никто, даже Савиньи, хотя слово „domino" давало ему на это такое же право, какъ „domini" l. 5 Cod. unde vi,—а на основаніи его владѣнія. Относительно же того, какъ слѣдуетъ понимать это отношеніе юридически, считать-ли владѣніе продолжающимся или прекратившимся — мнѣнія расходятся еще со временъ глоссаторовъ [117]). Едва-ли мнѣ нужно говорить, что Савиньи защищаетъ первый взглядъ, такъ какъ второй явно противорѣчитъ его собственному мнѣнію объ ограниченномъ дѣйствіи рекуператорной владѣльческой защиты. Единственной опорой этому взгляду служитъ l. 3 § 6 — 9 de poss. (41.2) Павла, изъ словъ котораго Савиньи старается вычитать, что, по мнѣнію этого юриста, владѣніе продолжается не только тогда, когда представитель просто его бросаетъ — случай, непосредственно приводимый Павломъ — но и тогда, когда онъ передаетъ его другому. Однако Африканъ и Папиніанъ въ l. 40 § 1, l. 44 § 2 ibid. высказываются относительно этого послѣдняго случая въ совершенно противоположномъ смыслѣ [118]), не допуская даже возможности иного мнѣнія, да и самъ Павелъ, если его слѣдуетъ понимать въ смыслѣ Савиньи, выражаетъ свое мнимо-противоположное мнѣніе въ

117) Savigny, стр. 374.

118) L. 33 § 4 de usurp. (41.3) имѣетъ, кажется, въ виду только движимыя вещи, относительно которыхъ потеря владѣнія, какъ извѣстно, регулировалась иначе.

такой формѣ, которая мало гармонируетъ съ такимъ важнымъ несогласіемъ во взглядахъ (§ 9 cit. nam constat nos possidere donec и т. д.). Ко всѣмъ этимъ свидѣтельствамъ Рудорфъ (о Савиньи стр. 686) прибавляетъ еще извѣстное замѣчаніе, приводимое Гелліемъ (XI. 18 § 13) изъ книги Сабина de furtis, относительно приговора надъ арендаторомъ, который воровски продалъ землю своего хозяина и тѣмъ „possessione ejus dominum intervertisset". Наконецъ я могу привесть еще одно новое доказательство, именно пригодившійся намъ выше l. 3 § 1 Cod. unde vi, по которому злонамѣренная передача владѣнія со стороны опекуна влечетъ за собою, какъ слѣдствіе, потерю владѣнія въ лицѣ опекаемаго (possessio ei, a quo ablata est, reddatur).

Различіе это представляетъ немалый практическій интересъ не только для пріобрѣтенія по давности, но и для вопроса о владѣльческой защитѣ. Оба взгляда въ сущности проникнуты однимъ стремленіемъ — возвратить владѣльцу владѣніе, фактически отнятое у него; но, по взгляду Савиньи, владѣлецъ, узнавъ о захватѣ, сейчасъ же долженъ принять юридическія или неюридическія мѣры, чтобы сдѣлать владѣніе продолжающимся; въ противномъ случаѣ онъ его теряетъ и такъ какъ никакой vis на лицо нѣтъ, то онъ теряетъ одновременно и рекуператорное правовое средство; противоположное же воззрѣніе оставляетъ для него int. unde vi открытымъ на весь срокъ давности. Онъ можетъ предъявлять этотъ интердиктъ и въ случаѣ перехода владѣнія въ третьи руки [119]), тогда какъ int. uti possidetis предполагаетъ въ лицѣ отвѣтчика наличнаго владѣльца.

3. Незаконное правительственное распоряженіе. Недѣйствительность перемѣны, произведенной во владѣніи по незаконному распоряженію начальства, принципіально признается въ двухъ мѣстахъ Юстиніанова Кодекса: въ l. 2 Cod. si per vim (8.5) и въ l. 3 Cod qui legit. (3.6). Согласно первому закону, рескриптъ императора или распоряженіе судьи, предписывающіе вводъ во владѣніе, не должны быть приводимы въ исполненіе въ отсутствіе прежняго владѣльца [120]). Нарушеніе этого закона подводится подъ общее по-

---

[119]) Даже противъ того, кто, не присваивая себѣ владѣнія, ограничился изгнаніемъ владѣльца. l. 4 § 22 de usurp. (41.3).

[120]) Насколько было важно законодательнымъ путемъ оградить отсутствую-

нятіе, выраженное въ заглавіи титула: si (per vim) vel alio modo absentis perturbata sit possessio. Слѣдовательно, самое мѣсто титула и его конструкція прямо указываютъ на то, что вещь возвращается владѣльцу не на основаніи его собственности, а на основаніи простаго владѣнія [121]). Второй законъ опредѣляетъ, что выхлопотанное незаконными путями судебное постановленіе о вводѣ во владѣніе (sub colore adipiscendae possessionis obreptitia petitio), особливо, когда противникъ не выслушанъ, не должно служить во вредъ послѣднему, почему исполненіе такого постановленія получаетъ обратный ходъ по act. momentaneae possessionis [122]). На первый взглядъ не совсѣмъ ясна внутренняя связь этого мѣста съ другими законами того же титула, но она становится несомнѣнной, какъ только мы обратимъ вниманіе на законъ Константина, упомянутый нами раньше (стр. 87) l. 1 Cod. Theod. h. t., Константинъ говоритъ: если „possessio absentis, quam propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat, quolibet pacto ablata sit", то всѣ эти держатели имѣютъ право предъявлять act. moment. poss., а l. 4 ibid. предоставляетъ это право всѣмъ, кто близокъ къ отсутствующимъ (servis, amicis, parentibus, proximis vel libertis), независимо отъ детенціи. L. 3, въ свою очередь, говоритъ сначала объ отличительной чертѣ act. mom. poss., какъ actio popularis (Momentaneae possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam), а затѣмъ примѣняетъ его къ случаю, о которомъ два другихъ закона хотя прямо и не упоминаютъ [123]), но

щихъ лицъ отъ этихъ и тому подобныхъ происковъ, касающихся ихъ владѣнія, — объ этомъ см. J. Gothofredus къ l. 1 Cod. Theod. unde vi (tom. I, стр. 452).

[121]) Въ Θеодосіевомъ Кодексѣ этотъ законъ стоитъ подъ цыфрой 5 титула unde vi, а слѣдующій подъ цыфрой 6.

[122]) Относительно очень громкаго нѣкогда вопроса—допускался-ли int. unde vi и противъ незаконныхъ дѣйствій власти,—см. Bruns, op. cit., стр. 72, 73. Брунсъ справедливо отвѣчаетъ на этотъ вопросъ утвердительно, основываясь на аналогіи l. 3 § 1 quod met. (4.2).

[123]) Ибо кромѣ „dejecti" и „violentia" всѣ другія выраженія l. 1. cit. — весьма общи: „cujuslibet rei possessione privati, quolibet pacto poss. ablata"—(Генель по лучшимъ рукописямъ; другіе связываютъ „quolibet pacto" съ „peregrinatur", какъ это дѣлаетъ l. 1 Cod. si per vim 8.5) „status, qui per injuriam sublatus est. Такъ же неопредѣленно говорится и въ l. 4: si perturbatus possessionis status sit vel direptum aliquid, quae probantur ablata.

котораго они и не исключають, именно къ случаю незаконнаго судебнаго постановленія о вводѣ во владѣніе. Если искъ въ интересахъ отсутствующаго владѣльца дается каждому третьему лицу, то естественно думать, что онъ тѣмъ болѣе открытъ для самого владѣльца, все равно—присутствовалъ-ли послѣдній или отсутствовалъ въ моментъ присвоенія владѣнія противникомъ. Доказываніе должно быть направлено на владѣніе и на недѣйствительность постановленія о вводѣ.

L. 2 Cod. Theod. unde vi (4.22) содержитъ еще одинъ случай присвоенія владѣнія хитростью, но въ законной формѣ, именно, когда кто употребитъ во зло императорскій рескриптъ (neque vulgato rescripto neque adversario solenniter intimato) или застращаетъ противника приговоромъ, вошедшимъ будто бы въ законную силу [124]). Что и тутъ возникалъ владѣльческій искъ—объ этомъ свидѣтельствуетъ то обстоятельство, что законъ изложенъ въ титулѣ unde vi. Въ l. 6 соотвѣтствующаго титула Кодекса Юстиніана это мѣсто передѣлано до неузнаваемости.

4. Присвоеніе владѣнія лицъ отсутствующихъ. Въ l. 11 Cod. unde vi (8.4) Юстиніанъ опредѣляетъ, что тѣ, „qui vacuam possessionem absentium sine judiciali sententia detinuerunt", — равны разбойникамъ и владѣніе взыскивается съ нихъ тѣми мѣрами, которыя установлены древнимъ правомъ для послѣднихъ. Что подъ этими мѣрами разумѣется int. unde vi, этого не оспариваетъ и самъ Савиньи. Не рѣшенъ только вопросъ, что̀ нужно разумѣть подъ „vacua possessio"? владѣніе-ли, за отсутствіемъ владѣльца уже прекратившееся, какъ этого хочетъ Савиньи [125]) (стр. 469) (possessio, quae ex negligentia domini vacat l. 37 § 1 de usurp. 41.3), или же владѣніе продолжающееся, хотя и не осуществляемое ни владѣльцемъ, ни его представителемъ, какъ это бываетъ въ случаѣ, когда и арендаторы, и рабы удалились [126])? Я считаю справедливымъ послѣднее мнѣніе. Мнѣніе Савиньи приписываетъ Юстиніану

---

[124]) См. кромѣ того Jac. Gothofredus къ этому мѣсту (стр. 454).

[125]) По Брунсу, Jahrbuch von Beccer und Muther IV, правильность этого взгляда „теперь не подлежитъ никакому сомнѣнію".

[126]) Здѣсь, по теоріи римскихъ юристовъ, владѣніе въ первое время продолжалось. См. ниже XIV.

чудовищную мѣру: созданіе владѣльческой защиты для владѣнія, покинутаго самимъ владѣльцемъ, и противорѣчитъ тому, что̀ самъ Юстиніанъ говоритъ о прежнемъ правѣ. Прежнее право, по его словамъ, не давало владѣльцу защиты, „violentia in ablatam possessionem minime praecedente". Но юристъ прежняго времени, имѣя дѣло со случаемъ, гдѣ владѣнія нѣтъ, выставилъ бы это послѣднее обстоятельство какъ мотивъ, рѣшительно исключающій владѣльческую защиту, а не сталъ бы искать другаго мотива въ понятіи „vis", которое было здѣсь неприложимо. Это было бы похоже на то, какъ еслибы кого обвиняли въ убійствѣ человѣка, котораго убилъ кто-нибудь другой еще прежде, а обвиняемый сталъ защищаться не тѣмъ, что этотъ человѣкъ былъ уже мертвъ, а тѣмъ, что̀ нанесенный имъ ударъ не могъ быть смертеленъ. Кто въ вышеприведенномъ случаѣ ищетъ препятствій для защиты въ невозможности vis, тотъ тѣмъ самымъ признаетъ существованіе владѣнія. Юстиніанъ, далѣе, влагаетъ въ уста виновниковъ захвата такую оговорку: quod per ignorantiam rem alienam quasi propriam occupaverint, тогда какъ, еслибы вещь не была ни въ чьемъ владѣніи, они нашли бы себѣ въ ссылкѣ на этотъ фактъ другое, вполнѣ законное оправданіе [127]).

Эти два соображенія заставляютъ думать, что въ вопросѣ, который былъ представленъ на усмотрѣніе императора, дѣло шло о владѣльческомъ отношеніи еще существовавшемъ и свидѣтельство Юстиніана о томъ, что древнѣйшее право въ этомъ случаѣ не надѣляло владѣльца владѣльческой защитой отъ захвата владѣнія, такъ какъ понятіе vis къ вещамъ не приложимо, заслуживаетъ, на мой взглядъ,

[127]) l. 37 § 1 de usurp. (41.3). Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet etc. l. 4 § 28 ibid. Item si occupaveris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possedisse. L. 8 Cod. de omni agr. des. (9.58) предоставляетъ даже право каждому, кто захочетъ, взять подъ свой посѣвъ „agros domino cessante desertos", т.-е. поля невоздѣланныя и потому вышедшія изъ владѣнія собственника (см. ниже, гл. XIII). Не противорѣча самому себѣ очевиднѣйшимъ образомъ, Юстиніанъ не могъ въ одномъ мѣстѣ поощрять то, за что въ другомъ грозилъ тяжелымъ наказаніемъ. Не мирится съ мнѣніемъ Савиньи и l. 4 Cod. de poss. (7.32), гдѣ ясно сказано, что̀, за исключеніемъ случая „metus necessitas", долгое невоздѣлываніе поля даетъ основаніе для „praejudicium", т.-е. влечетъ за собою потерю владѣнія.

полнаго довѣрія до тѣхъ поръ, пока не будетъ представленъ хоть одинъ доводъ въ пользу противоположнаго мнѣнія. Я не знаю ни одного [128]). Ни одинъ законъ, касающійся этого случая, не признаетъ interdictum unde vi за владѣльцемъ, который, получивъ вѣсть о захватѣ, мирится съ мыслью, что̀ его мѣсто занято другимъ. Напротивъ, для обоснованія интердикта требуется, чтобы владѣлецъ самъ отправился на захваченную землю и тѣмъ вызвалъ бы лично противъ него направленное сопротивленіе; самъ-же Савиньи указалъ на „непосредственно-личное насиліе", какъ на условіе интердикта. Кто не рѣшался на этотъ важный и не всегда безопасный шагъ или кому мѣшало отсутствіе, тотъ въ древнѣйшемъ правѣ не находилъ для себя владѣльческой помощи,—одна виндикація представлялась для него открытой.

Я основываю этотъ взглядъ не на одномъ юстиніановомъ свидѣтельствѣ. Выраженія, употребленныя римскими юристами по поводу двухъ случаевъ потери владѣнія, мѣста которыхъ указаны въ прим. 128, носятъ на себѣ, какъ мнѣ кажется, явный отпечатокъ той же мысли. Въ l. 3 § 8 cit. юристъ говоритъ о владѣльцѣ, который не показывается изъ страха: amisisse eum possessionem, не прибавляя слова vi, которое всего-то состоитъ изъ двухъ буквъ. Въ l. 7 ibid. повторяется то же выраженіе — vi опять пропущено; но здѣсь этотъ пропускъ особенно многозначителенъ, такъ какъ въ l. 6 § 1, который находится въ тѣснѣйшей связи съ l. 7, по поводу случая: „si revertentem dominum non admiserit" слово vi прибавлено прямо: vi magis intelligi possidere, non clam, а l. 25 § 2 ibid. говоритъ о потерѣ владѣнія въ вышеприведенномъ случаѣ: animo desinamus possidere. Какъ примирить это съ предположеніемъ о насильственномъ захватѣ, при которомъ, какъ извѣстно, владѣніе теряется не animo, а corpore?

Какъ примирить, спрашиваю я далѣе, это предположеніе съ самою теоріей Савиньи? Непониманіе отношенія, о которомъ у насъ рѣчь, поставило Савиньи на весьма скользкій путь. Такъ, на первыхъ же порахъ (стр. 429), оно за-

128) Даже Брунсъ, op. cit. стр. 70, сторонникъ противоположнаго взгляда, сознается, что̀ мѣста, приводимыя по этому вопросу: l. 3 § 8. l. 7. l. 25 § 2 de poss., говорятъ „собственно только о потерѣ владѣнія, а не о правѣ на интердиктъ".

ставило его нѣкоторымъ образомъ посмѣяться надъ своимъ собственнымъ опредѣленіемъ, гласившимъ, что̀ „vis—необходимое условіе интердикта unde vi—есть непосредственно-личное насиліе", черезъ что̀ это понятіе выродилось въ каррикатуру, въ отрицаніе самого себя. Если всякій самовольный захватъ земли, безотносительно къ тому, будетъ-ли владѣлецъ при этомъ присутствовать или нѣтъ, заключаетъ въ себѣ непосредственно-личное насиліе, то какое послѣ этого насиліе не заслуживаетъ того же названія? Къ чему словомъ „непосредственно" еще болѣе подчеркивать личное направленіе этого насилія? Тогда и воровство можно назвать разбоемъ! „Но вѣдь все равно, говоритъ Савиньи (стр. 431), подвергнется-ли владѣлецъ насилію на самомъ дѣлѣ, или изъ основательной боязни избѣгнетъ его, лишь бы самая опасность грозила ему не въ будущемъ, а непосредственно въ настоящемъ; точно такъ же все равно, изгонятъ-ли владѣльца изъ его дома, или помѣшаютъ ему войти туда"; и, предпославъ такое разсужденіе, онъ находитъ „очень яснымъ, что̀ владѣлецъ, домомъ котораго завладѣли въ его отсутствіе, можетъ, какъ dejectus, предъявить интердиктъ даже въ томъ случаѣ, когда онъ не сдѣлалъ ни малѣйшей попытки силой вернуть себѣ владѣніе". Еслибы въ заглавіи сочиненія, гдѣ находится этотъ выводъ, не стояло имя Савиньи, никогда я не рѣшился бы думать, что это плодъ его пера. Слѣдовательно, если я получилъ извѣстіе, что кто-нибудь завладѣлъ моимъ домомъ— положимъ, съ самымъ твердымъ намѣреніемъ защищать владѣніе съ оружіемъ въ рукахъ — то мнѣ грозитъ здѣсь „не будущая", а „непосредственно-настоящая опасность"! Что же послѣ этого должны мы разумѣть, спрашиваю я опять, подъ опасностью „будущей, не непосредственно-настоящей"? То же, что и подъ „не непосредственно-личнымъ насиліемъ", т.-е. — ровно ничего! Всякое насильственное присвоеніе моего владѣнія въ моемъ отсутствіи представляетъ, стало-быть, собою и непосредственно-личное противъ меня насиліе и непосредственно-личную для меня опасность. Но почемъ мы знаемъ, дѣйствительно-ли нашъ противникъ намѣренъ, въ случаѣ надобности, отстаивать владѣніе оружіемъ? Бѣдное семейство помѣстилось зимой въ моей порожней бесѣдкѣ, въ сараѣ, амбарѣ или пастушьей хижинѣ;

покупщикъ сосѣдняго имѣнія по ошибкѣ вспахалъ пограничный участокъ, принадлежащій мнѣ,—какая грозитъ мнѣ опасность, если я пойду съ цѣлью отстаивать свое владѣніе, „facile expulsurus finibus, simulatque sciero", какъ говорится въ l. 18 § 3 de poss. (41.2)? Но, положимъ, я, человѣкъ въ высшей степени робкій, побоюсь и этого, — однако робость съ моей стороны не можетъ замѣнить собою vis со стороны противника. Какъ же я докажу эту vis, если я не дамъ ей возможности обнаружиться? Чѣмъ я наконецъ стану доказывать мой собственный страхъ? А между тѣмъ это необходимо, ибо „если я не отстаивалъ своего владѣнія не изъ страха, а по какой-нибудь другой причинѣ, то владѣніе моего противника — не vitiosa possessio, такъ какъ оно получило свое начало по моей волѣ". Такъ говоритъ Савиньи на стр. 350. Да всякій скорѣе откажется отъ интердикта unde vi совсѣмъ, чѣмъ взвалитъ на себя тягость двойнаго доказательства, причемъ одно доказательство невозможнѣе другаго; въ самомъ дѣлѣ, какъ доказать, что мой противникъ довелъ бы дѣло и до сопротивленія силой,— явись я только къ нему, — и что причина тому, что я не явился, заключалась не въ моей безпечности, а въ страхѣ передъ личнымъ оскорбленіемъ. Все дѣйствіе относится такимъ образомъ не ко внѣшнему міру, а къ скрытому духовному міру противниковъ, и судья, который примѣняетъ интердиктъ, долженъ умѣть читать въ сердцахъ людей и предъугадывать ихъ будущія мысли и дѣйствія.

Римскіе юристы обошли всѣ эти трудности весьма просто: въ подобномъ случаѣ они вовсе не давали интердикта.

Юстиніанъ заполнилъ этотъ несомнѣнный, на мой взглядъ, пробѣлъ, избавивъ владѣльца отъ безпокойства и опасности быть изгнаннымъ лично — и сдѣлалъ, по моему, очень хорошо. Пухта (Pandekten § 135 прим. C) называетъ это „путемъ къ произволу", такъ какъ тутъ „недостаетъ двухъ существенныхъ условій: насилія, отъ котораго пострадалъ бы владѣлецъ, и потери владѣнія"; но въ данномъ случаѣ заслуживаетъ упрека скорѣе порицающій, чѣмъ порицаемый. Относительно послѣдняго условія Пухта упускаетъ изъ виду, что владѣніе теряется, если владѣлецъ не дѣлаетъ ничего, чтобы его отстоять; относительно же перваго— его взглядъ сводится къ наивному убѣжденію, что владѣль-

цы должны жертвовать своими головами и цѣною крови добиваться интердикта просто для того, чтобы спасти школьное понятіе vis. Жизнь смотритъ на такія дорогія ставки нѣсколько иначе!

Я заканчиваю этимъ изложеніе развитія int. unde vi въ новѣйшемъ правѣ. Назовемъ-ли мы такъ интердиктъ въ его развитой формѣ, расширенный по аналогіи съ прежнимъ интердиктомъ unde vi, или, вмѣстѣ съ источниками, употребимъ названіе — int. или act. momentaneae poss. — все равно: дѣло не въ названіи. Не пойму я только, какъ можно было не обратить вниманія на это развитіе или оспаривать его, и если Савиньи сдѣлалъ это съ такимъ успѣхомъ, что у большинства его послѣдователей объ этомъ вопросѣ нѣтъ уже рѣчи [129]), то, по мнѣ, онъ далъ лишь блестящій доводъ въ пользу силы предвзятыхъ мнѣній и того опаснаго вліянія, какое можетъ имѣть и на нашъ мнимо-критическій вѣкъ авторитетъ прославленнаго имени. Я называю это вліяніе опаснымъ, ибо то, что̀, благодаря ему, выбрасываютъ изъ позднѣйшаго права какъ негодное, я считаю однимъ изъ немногихъ самостоятельныхъ и цѣнныхъ дѣяній послѣднихъ годовъ имперіи. Развитіе, которое произошло въ это время, содержало переходъ отъ формальной несправедливости, ограниченной однимъ случаемъ vi, къ понятію несправедливости вообще, „qaecunque injusta causa amissionis", какъ говорится по поводу act. spolii. Очевидное сходство, замѣчаемое въ этомъ отношеніи между act. spolii и нашимъ искомъ [130]), дискредитируя этотъ послѣдній въ глазахъ многихъ, служитъ ему, въ моихъ глазахъ, рекомендаціей. Дѣйствительно, кто отрѣшится отъ той предвзятой мысли, что всякая позднѣйшая передѣлка римской владѣльческой теоріи есть искаженіе истины по недоразумѣнію или невѣжеству,— заблужденіе, отступничество отъ единственно-спасительнаго

---

[129]) Какъ на единственное исключеніе, можно указать на *Sintenis*, Gem. Civilrecht II § 124 прим. 48. Авторъ старается связать act. spolii съ act. moment. poss., не имѣя впрочемъ о послѣднемъ надлежащаго понятія. См. потомъ Brinz, Pandekten I, стр. 86.

[130]) Сходство, прямо признанное еще старыми юристами, каковы, впр., Cujacius, Obs. XIX, 16: generale interdictum restitutorium momentariae possesionis, quod hodie beneficium redintegrandae possessionis vocamus; Perezs, l. c. § 14.

евангелія римской правовой теоріи, — кто отрѣшится отъ всего этого и, подобно мнѣ, проникнется убѣжденіемъ, что только непреодолимые практическіе импульсы могли породить правовую форму, которая, разъ возникнувъ, не исчезаетъ, а проходитъ черезъ рядъ столѣтій и упорно борется со всевозможными препятствіями,—тотъ взвѣситъ все значеніе того факта, что идея полной владѣльческой защиты съумѣла добиться для себя признанія дважды, въ разныя, весьма удаленныя одна отъ другой, эпохи, и во второй разъ, повидимому, независимо отъ перваго, и увидитъ въ этомъ фактѣ доводъ внутренней закономѣрности и всепобѣждающей силы самой идеи. И какъ можно не замѣтить этой закономѣрности? Упустимъ на время изъ виду такъ-называемый научный интересъ, который слишкомъ ужъ охотно видитъ для себя опасность въ каждомъ посягательствѣ на понятія, унаслѣдованныя нами отъ римскихъ юристовъ, и предложимъ себѣ откровенно вопросъ, можно-ли чѣмъ-нибудь оправдать тотъ фактъ, что въ случаяхъ, когда захватъ владѣнія подходилъ подъ понятіе vis, достаточно было доказать владѣніе, во всѣхъ же другихъ случаяхъ требовались доводы въ пользу собственности? Разъ владѣніе признано отношеніемъ, достойнымъ правовой защиты, то почему же эту защиту оно получало не вполнѣ, но лишь вполовину? Неужели полузащита, въ которой нельзя не упрекнуть старый интердиктъ unde vi, была такимъ достоинствомъ древнѣйшаго римскаго права, что ее слѣдовало удержать, во чтобы то ни стало? Не слѣдуетъ-ли скорѣе смотрѣть на нее, какъ на несовершенство, которое находитъ себѣ нѣкоторое историческое оправданіе въ томъ, что римскіе юристы, связанные формулой интердикта, при интерпретаціи его не могли дать понятію vis такую широту, которая уничтожила бы самое это понятіе. Если римская юриспруденція не пошла во владѣніи далѣе vi, clam и precario, то въ этомъ сказалось, на мой взглядъ, не убѣжденіе ея въ томъ, что такія границы предначертаны самой природой владѣнія, какъ думаютъ нѣкоторые, а лишь результатъ исторически сложившихся отношеній, именно традиціонной связи между владѣльческими интердиктами и тремя vitia possessionis. Вспомнивъ, какъ это тройное дѣленіе охватывало всю систему до малѣйшихъ ея подробностей, какъ оно повторя-

лось на каждомъ шагу, въ каждой формулѣ, мы поймемъ, что расшатывать его въ ту пору, когда процессуальная система стояла еще въ полномъ цвѣту, значило бы колебать послѣднюю во всѣхъ ея частяхъ. Для позднѣйшаго императорскаго времени эта опасность миновала, и если оно воспользовалось своей свободой, чтобы расширить владѣльческую защиту за предѣлы понятія vis, то такой шагъ долженъ бы встрѣтить не порицаніе и отпоръ, а, напротивъ,сочувствіе и самый радушный пріемъ; я утверждаю даже, что онъ не только не противорѣчилъ идеѣ владѣнія, какъ она была понята и выражена прежнимъ правомъ, но, напротивъ, избавилъ ее отъ внутренняго противорѣчія. Какъ примѣръ подобнаго противорѣчія, я долженъ отмѣтить тотъ фактъ, что наслѣдникъ былъ поставленъ относительно владѣнія въ болѣе выгодныя условія, чѣмъ наслѣдодатель. Выше я говорилъ о владѣльческой функціи hereditatis pet. и то, что̀ сказано объ ней, относится и къ interd. adipisc. possessionis наслѣдника: къ interd. quorum bonorum, quod legatorum и къ Remed. ex lege ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo. Теперь сравните наслѣдника и наслѣдодателя по ихъ юридическому положенію, которое для перваго создается всѣми этими правовыми средствами, а для втораго—владѣльческими интердиктами. Наслѣдникъ получаетъ владѣльческія правовыя средства [130a]) противъ всѣхъ лицъ, присвоившихъ себѣ владѣніе наслѣдуемыми вещами: противъ того, кто сдѣлалъ это на основаніи мнимаго или дѣйствительнаго легата — interd. quod legatorum, противъ того, кто сдѣлалъ это на основаніи мнимаго права на наслѣдство или безъ всякаго основанія — hereditatis petitio, interd. quorum bonorum и названное Rem.; въ то же время наслѣдодатель защищенъ лишь противъ того, кто отнялъ у него владѣніе силой. Нельзя возражать, что правовыя средства наслѣдника—adipiscendae possessionis, тогда какъ интердикты наслѣдодателя—recuperandae poss., ибо adipisci наслѣдника имѣетъ своею цѣлью recuperare владѣніе наслѣдодателя, и преслѣдуемое въ данномъ случаѣ возстановленіе владѣнія только потому облекается въ форму пріоб-

---

130a) О томъ, можно-ли ихъ назвать этимъ именемъ, я говорилъ выше, стр. 69 и сл.

рѣтенія, что, по римской владѣльческой теоріи, владѣніе прекращается со смертью наслѣдодателя, но не переходитъ къ наслѣднику ipso jure [130b]). Тѣмъ не менѣе притязанія послѣдняго основываются не на чемъ иномъ, какъ только на прежнемъ владѣніи наслѣдодателя—не собственность, а владѣніе составляетъ предметъ доказыванія. Но если придется вчинать искъ о незаконномъ отнятіи владѣнія самому наслѣдодателю или наслѣднику, который вступилъ уже во владѣніе, то это преимущество по доказыванію даруется имъ лишь тогда, когда захватъ, послѣдовавшій со стороны противника, подходитъ подъ понятіе vis! Положимъ, дѣйствительный или мнимый легаторъ присвоиваетъ себѣ владѣніе вещью, пріобрѣтаетъ, напр. по традиціи, землю у арендатора, раньше чѣмъ наслѣдникъ сталъ владѣть совокупностью наслѣдства; тогда наслѣдникъ можетъ требовать возстановленія владѣнія посредствомъ int. quod legatorum, гдѣ предусматривается общій случай: quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit (l. 1 § 2 quod legat. 43.3). Если то же самое случится при жизни завѣщателя или послѣ того, какъ наслѣдникъ вступилъ во владѣніе, потерпѣвшіе принуждены вчинать искъ о правѣ, такъ какъ доказать vis въ проступкѣ противника они не въ состояніи. Что за противорѣчіе! Неужели же для того, чтобы идея владѣльческой защиты была признана во всей полнотѣ своей, нужна смерть человѣка, а для того, чтобы вышеуказанный принципъ: quod quis non ex voluntate (ejus, ad quem res pertinet) occupavit, restituat вошелъ въ силу, должно предварительно пасть само владѣніе, а съ нимъ—возможность ограниченія защиты предѣлами vis? Если такъ, то тогда прошлое владѣніе дѣйствительнѣе настоящаго, потеря владѣнія—выигрышъ, продолженіе его—тягость. Чтобъ обрѣсти полную владѣльческую защиту, нужно предварительно умереть! Невольно вспомнишь о томъ караулѣ, который отправлялъ въ караульный домъ для ревизіи паспортовъ тѣхъ, кто предъявлялъ ихъ, и преспокойно пропускалъ тѣхъ, кто не имѣлъ ихъ вовсе!

[130b]) Та же мысль выражена словами интердикта adipiscendae poss., упоминаемаго въ l. 2 § 3 de interd. (43.1): quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto; см. также l. 1 § 37 de aqua (43.20).

И идея владѣнія требовала будто бы такой вопіющей несоразмѣрности между слѣдствіями владѣнія прошлаго и слѣдствіями владѣнія настоящаго? Мы допускаемъ такую несоразмѣрность въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ; если римскіе юристы мирились съ ней, то вовсе не потому, что ничего иного не желали, а потому, повторяю еще разъ, что ничего сдѣлать не могли. Иное дѣло — наша современная наука. Имѣя полную возможность освободиться отъ этихъ историческихъ узъ, благодаря указанному выше развитію владѣльческихъ правовыхъ средствъ въ позднѣйшую императорскую эпоху, она грѣшитъ и противъ себя самой, и противъ практической жизни, если изъ слѣпой привязанности къ теоріи римскихъ юристовъ налагаетъ на себя старыя цѣпи и вмѣсто того, чтобы признать ихъ тѣмъ, чѣмъ онѣ есть, и радоваться, что онѣ упали, изощряетъ все свое остроуміе на то, чтобы оправдать ихъ и выставить чѣмъ-то неизбѣжнымъ. Мы противопоставляемъ ей слѣдующее простое положеніе. Владѣніе, будучи разъ признано отношеніемъ юридическимъ, требуетъ не полузащиты, но всей защиты; и въ интересахъ владѣльца, и съ точки зрѣнія самого права, безразлично, какимъ бы образомъ ни было нарушено владѣніе—силой-ли или какъ-нибудь иначе, и отъ интердиктовъ recup. possessionis должно требовать той же всеобщности владѣльческой защиты, которая осуществлена въ int. retin. poss. относительно признанія и охраны владѣнія продолжающагося; только при этомъ условіи весь институтъ владѣнія завершается гармонически, только такимъ путемъ онъ становится тѣмъ, чѣмъ онъ долженъ быть и чѣмъ онъ есть на самомъ дѣлѣ, т.-е. — оплотомъ собственника противъ всѣхъ непосредственныхъ вторженій въ осуществленіе его права.

Hered. petitio, о которой мы до сихъ поръ говорили, не есть единственный случай, гдѣ само древнѣйшее право, не довольствуясь тремя традиціонными основаніями владѣльческихъ интердиктовъ: vi, clam и precario, даетъ понятію vitia possessionis наиболѣе общее толкованіе. Надо упомянуть еще объ одномъ отношеніи, именно о пользованіи свободой со стороны раба; въ этой области повторяется то же самое явленіе. Формула гласитъ здѣсь не „vi, clam, precario“, но „sine dolo malo in possessione libertatis fuis-

se" — понятіе не менѣе общее, чѣмъ pro possessore possidere въ hered. petitio [131]).

Намъ остается точнѣе опредѣлить и формулировать принципъ рекуператорной защиты въ томъ его видѣ, какъ онъ осуществился въ вышеуказанныхъ отдѣльныхъ постановленіяхъ позднѣйшей императорской эпохи. Три знакомыя древнѣйшему праву специальныя основанія: vi, clam, precario расширены до того общаго понятія injusta possessio, которое мы видимъ въ основѣ владѣнія pro possessore possidens въ hered. petitio и въ основѣ средневѣковой act. spolii („quae cunque injusta causa amissionis possessionis"); мы можемъ употребить здѣсь ту же формулу, что употреблялъ преторъ въ int. quod legatorum: quod quis non ex voluntate (actoris) occupavit — присвоеніе владѣнія противъ воли владѣльца. Подъ это общее понятіе подходятъ всѣ случаи, приведенные нами выше: ошибка какъ со стороны виновника захвата, такъ и со стороны прежняго владѣльца (поскольку дѣло идетъ не о передачѣ владѣнія по ошибкѣ, а объ одностороннемъ захватѣ), захватъ владѣнія хитростью по соглашенію съ представителемъ прежняго владѣльца или по незаконному судебному распоряженію, наконецъ—присвоеніе владѣнія на земли лицъ отсутствующихъ. Напротивъ, исключаются всѣ случаи потери владѣнія, основанные на передачѣ со стороны самого владѣльца, еслибы даже передача совершилась вслѣдствіе принужденія, обмана или вообще при такихъ обстоятельствахъ, которыя допускаютъ оспариваніе акта другими правовыми средствами. Впрочемъ, границы отдѣльныхъ случаевъ могутъ породить нѣкоторыя сомнѣнія. Таковъ, напр., случай принужденія. Спрашивается: metus или vis имѣемъ мы въ томъ случаѣ, когда кто угрозами дѣйствій заставитъ насъ отказаться отъ владѣнія домомъ? Если — metus, то возникаетъ act. quod metus, если vis—то interd. unde vi. Различіе этихъ исковъ представляетъ, какъ извѣстно, довольно существенный интересъ, ибо въ первомъ изъ нихъ допускаются ссылки на права [132]), во второмъ—онѣ исключены. Съ процессуальной точки зрѣнія выборъ послѣдняго иска

---

131) См. объ этомъ l. 7 § 5, l. 10, 11, 12 de lib. causa (40.12).

132) См., напр., l. 12 § 2 quod met. (4.2).

лишь въ рѣдкихъ случаяхъ не долженъ бы имѣть успѣха, ибо тѣхъ угрозъ и дѣйствій, которыя имѣютъ здѣсь мѣсто, вполнѣ достаточно, чтобы доказать vis [133]), и тогда ужъ дѣло отвѣтчика—доказывать, что традиція, дѣйствительно, совершилась. То же самое слѣдуетъ сказать и о томъ случаѣ, когда кто-нибудь лишается владѣнія по незаконному судебному распоряженію (стр. 94); здѣсь точно также vis и metus переходятъ одно въ другое, но такъ какъ истецъ предотвратилъ принудительныя мѣры добровольной уступкой, то примѣнимость int. unde vi противъ того, кто получилъ владѣніе. не можетъ подлежать спору.

Принципъ, защищаемый нами, выходитъ за предѣлы деликта, т.-е. предположенія вины въ лицѣ отвѣтчика. Нисколько не виновенъ тотъ, кто bona fide такъ устраиваетъ свои дѣла, что опекунъ выдаетъ ему вещи, находящіяся во владѣнія опекаемаго [134]), равно какъ и тотъ, кто, не зная границъ своего поля, беретъ подъ запашку клочокъ сосѣдской земли [135]). Въ силу извѣстныхъ общихъ принциповъ, къ нимъ неприложимо связанное съ интердиктомъ unde vi обязательство возмѣстить всѣ убытки, подобно тому, какъ оно неприложимо къ наслѣднику того лица, которое оказалось виновнымъ въ настоящей vis. Такое обязательство обусловливается виной. Гдѣ вины нѣтъ — тамъ оно сводится къ выдачѣ того, что̀ осталось еще въ рукахъ отвѣтчика. Что въ вину ставится не одна vis—объ этомъ и говорить нечего; кто завладѣваетъ землей, завѣдомо для него принадлежащей лицу отсутствующему, тотъ не совершаетъ vis (стр. 98), тѣмъ не менѣе по l. 11 Cod. h. t. онъ—„praedo“ и „отвѣчаетъ за свой поступокъ по всѣмъ тѣмъ законамъ, которые древнѣйшее право установило противъ подобнаго рода лицъ“.

Пусть непредубѣжденный читатель судитъ о томъ, заслуживаетъ-ли теорія, которую мы здѣсь развили и которая

---

133) Потому-то мы и встрѣчаемъ выраженіе vis по поводу act. quod met. causa, равно какъ metus по поводу interd. unde vi; см., напр., l. 3, l. 14 § 2 quod met. (4 2) и l. 1 § 29 de vi (43.16).

134) Что l. 7 § 1 Cod unde vi (8.4) имѣетъ въ виду не только случай соглашенія—это прямо вытекаетъ изъ словъ: habito plerumque colludio.

135) L. 11 Cod. h. t., очевидно, этому не противорѣчитъ. Юстиніанъ имѣетъ здѣсь въ виду не тѣхъ, кто завладѣваетъ чьей-нибудь землей по ошибкѣ, а тѣхъ, кто завладѣваетъ завѣдомо чужой землей, а въ ошибкѣ находитъ для себя лишь оговорку.

въ сущности воспроизводитъ собою старое ученіе Куяція о „generale restitutorium interdictum“, отличаясь отъ него лишь болѣе тщательной мотивировкой своихъ положеній,— того упрека, который бросаетъ ей Савиньи. „Предполагаемый ею новый порядокъ владѣльческихъ исковъ, говоритъ Савиньи, настолько же неопредѣлененъ и произволенъ, насколько въ старомъ правѣ онъ былъ точенъ и послѣдователенъ“. „Неопредѣлененъ“ этотъ порядокъ ровно настолько, насколько и теорія hered. petitio и названныхъ владѣльческихъ интердиктовъ наслѣдника. Цѣль нашей теоріи—дать такую же широкую владѣльческую защиту живущимъ, какую тѣ правовыя средства давали на случай смерти, и я не знаю, жаловался-ли кто хоть разъ на подобную неопредѣленность? Понятіе „pro possessore possidere“ шире понятія „vi possidere“, но „широкій“ и „неопредѣленный“—не одно и то же; я смѣю даже думать, что выставленный нами принципъ—присвоеніе владѣнія помимо воли или противъ воли владѣльца — гораздо опредѣленнѣе принципа Савиньи: vis, который разъ опредѣляется, какъ „непосредственно личное (т. е. направленное противъ личности) насиліе“ (стр. 429), а черезъ двѣ страницы (стр. 431) дѣлается до того растяжимымъ, что обнимаетъ собою случай, гдѣ такого насилія вовсе нѣтъ (стр. 99, выше). Что касается упрека въ произвольности, который Савиньи бросаетъ нашей теоріи, то онъ точно также ни на чемъ не основанъ. Кто не исходитъ изъ предвзятой неподвижной идеи, что міръ не долженъ переступать границъ, начертанныхъ въ int. unde vi рукой римскаго претора, и что въ преторскомъ эдиктѣ данъ вѣчный критерій всего, что̀ мыслимо и допустимо въ правѣ, тотъ не можетъ не видѣть въ эманципаціи владѣльческой защиты отъ требованія vis громаднаго прогресса, который оправдывается и запросами практической жизни, и идеей владѣльческой защиты, а въ ограниченіи ея такимъ требованіемъ, напротивъ, не можетъ не видѣть произвола. Въ самомъ дѣлѣ, если владѣніе должно быть защищено, то почему только противъ vis? Не все-ли равно владѣльцу, какимъ образомъ противникъ лишитъ его владѣнія? Вѣдь центръ тяжести владѣнія, я думаю, лежитъ въ самомъ владѣльцѣ, а не въ его противникѣ! Конечно, если придать этому положенію обратный смыслъ и перевернуть естественное отно-

шеніе, какъ это дѣлаетъ Савиньи, то, само собою разумѣется, естественное покажется неестественнымъ и наоборотъ. Тотъ же Савиньи, который съ презрѣніемъ отвергаетъ предложенный нами взглядъ, какъ невѣроятное искаженіе римской владѣльческой теоріи, уродуетъ понятіе vis, какъ мы видѣли выше, до такой степени, что дѣлаетъ изъ него каррикатуру своего же собственнаго опредѣленія и, нисколько не смущаясь, заставляетъ Юстиніана въ l. 11 cod. unde vi дать int. unde vi тамъ, гдѣ владѣніе уже утеряно,—словомъ, допускаетъ владѣльческій искъ безъ владѣнія. Передъ чудовищной теоріей, которая не щадитъ основнаго начала всего института и защищаетъ владѣніе тамъ, гдѣ его нѣтъ, намъ нечего бояться упрека за тотъ „произволъ", который мы будто бы допустили, набрасывая картину развитія интердикта unde vi въ позднѣйшемъ правѣ.

Въ заключеніе мнѣ остается рѣшить вопросъ, относится-ли полученный результатъ только къ недвижимымъ вещамъ, или также и къ движимымъ. Основываясь на томъ, что постановленіе Валентиніана l. 7 Cod. unde vi (8.4) о наказаніяхъ за самоуправство — постановленіе, равно относящееся къ обоимъ родамъ вещей—включено въ титулъ unde vi, Савиньи утверждаетъ, что int. unde vi былъ молчаливо распространенъ и на движимыя вещи; будь это справедливо, показанное расширеніе владѣльческой защиты пришлось бы отнести и къ движимостямъ. Но я, вмѣстѣ почти со всѣми прочими юристами, считаю такое мнѣніе неосновательнымъ [136]). Съ другой стороны, однако, расширенная защита движимыхъ вещей представляется мнѣ потребностью не менѣе ощутительной, чѣмъ защита вещей недвижимыхъ. Помимо технической vitiosa possessio римскихъ юристовъ, относительно движимой вещи открытъ рядъ незаконныхъ путей, которыми она очень легко можетъ попасть въ чужое владѣніе. Перелетѣли-ли ко мнѣ чужіе голуби, пристала-ли чужая собака, остался-ли чужой зонтъ въ моей квартирѣ, или врученъ мнѣ, по недосмотру, пакетъ, адресованный кому-нибудь другому— ни въ одномъ изъ этихъ случаевъ я не присвоивалъ себѣ

---

[136]) Ни самъ Савиньи (стр. 438 сл.), ни Рудорфъ (704) не устранили тѣхъ сомнѣній, которыя были выражены по этому поводу многими писателями (въ послѣдній разъ Брунсомъ, l. c., стр. 74—77).

владѣнія ни vi, ни clam. Если vi или clam — условія владѣльческой защиты, то мой противникъ такъ безъ нея и останется. Въ древнѣйшемъ правѣ владѣльца выручалъ interdictum utrubi; но, слившись съ uti possidetis, онъ перестаетъ, къ сожалѣнію, играть эту роль. Но не заполняется-ли пробѣлъ другими исками? Едва-ли. Деликтныхъ исковъ, вытекающихъ изъ незаконнаго присвоенія чужихъ вещей (cond. furt., act. furti, act. vi bon. rapt.), для этого мало. Не всякое удержаніе у себя чужихъ вещей подходитъ подъ понятіе furtum; представимъ себѣ, напр., такой случай: мой противникъ самъ увѣдомляетъ меня, что къ нему пристала моя собака, но подъ какимъ-нибудь предлогомъ отказывается возвратить ее, напр., подъ тѣмъ предлогомъ, что эта собака причинила ему вредъ (a. noxalis).—Весьма сомнѣваюсь также, чтобы въ данномъ случаѣ цѣль могла быть достигнута посредствомъ act. ad. exhibendum, ибо истецъ лишается тутъ главной выгоды владѣльческихъ исковъ, состоящей въ томъ, что ни интересъ самого истца, ни право отвѣтчика не могутъ составить предмета разбирательства [137]. Тѣ же сомнѣнія рождаются во мнѣ и по поводу condictio possessionis, на которую указываетъ Брунсъ (l. c., стр. 75). Не подлежитъ спору, что, подобно каждой condictio, condictio ob injustam causam или sine causa вмѣсто собственности можетъ быть основана на владѣніи [138]), а подъ понятія „injusta causa“ или „sine causa“ подходятъ между прочимъ и тѣ случаи, когда вещь удержана незаконно или безъ всякаго основанія. Но и этимъ искомъ отвѣтчикъ не ставится въ безъисходное положеніе—для него открыто либо возраженіе о правѣ собственности, либо возраженіе, основанное на томъ, что у истца нѣтъ интереса, что истецъ, напр., самъ укралъ вещь (стр. 13, 43) [139]). Опять, стало быть, теряется та главная выгода, которую представляютъ владѣльческія правовыя средства, и отвѣт-

---

[137]) l. 3 § 11 ad exh. (10.4). .. alioquin et fur et raptor (ad. exhibendum agere) poterit, quod nequaquam verum est. l. 31 § 1 Dep. (16.3).... non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli.

[138]) l. 1 § 1; l. 2 de cond. trit. (13.3) l. 25 § 1 de furt. (47.2).

[139]) Я не понимаю, какъ это l. 1 § 1, l. 2 de cond. trit. (13 3) l. 13 § 1 Dep. (16.3) l. 25 § 1 de furt (47.2) даютъ Рудорфу (Савиньи, стр. 712) основаніе утверждать противное.

чикъ имѣетъ возможность надолго затянуть дѣло пустыми возраженіями, на которыя не обратили бы вниманія во владѣльческомъ процессѣ. Итакъ, необходимость помочь владѣльцу владѣльческими средствами заявляетъ себя съ прежней неумолимой силой.

Наша практика издавна разумно признала эту необходимость и искала помощи въ act. spolii, распространивъ ее на всѣ случаи незаконнаго присвоенія владѣнія [140]); къ ней примкнули новѣйшія законодательства [141]). Благодаря Савиньи, который безвозвратно осудилъ этотъ искъ съ точки зрѣнія своей односторонне-романистической теоріи, actio spolii въ нашъ вѣкъ до того потеряло кредитъ, что слово, сказанное въ ея защиту, покажется, пожалуй, дерзостью. Я не колеблюсь однако высказать свое убѣжденіе въ томъ, что осуществленное путемъ этого иска распространеніе владѣльческой защиты на всѣ случаи потери владѣнія помимо воли или противъ воли владѣльца, было мыслью въ высшей степени здравою и практическою, несравненно болѣе здравою, чѣмъ та доктринерская щекотливость, которая стремится удержать теорію римскихъ юристовъ во чтобы то ни стало и забываетъ, что съ паденіемъ utrubi въ его первоначальной формѣ въ самомъ римскомъ правѣ образовался пробѣлъ, который не можетъ оставаться незаполненнымъ безъ того, чтобы не страдали одни изъ самыхъ важныхъ интересовъ жизни. На практикѣ движимыя вещи защищаются за собственникомъ въ большинствѣ случаевъ лишь на основаніи его владѣнія. Отказъ во владѣльческой защитѣ нерѣдко значитъ здѣсь то же самое, что̀ потеря собственности (стр. 39). Что защита движимыхъ вещей организована господствующей теоріей самымъ жалкимъ образомъ — съ этимъ трудно не согласиться. Ее даютъ тамъ, гдѣ и безъ нея обойтись можно; въ ней отказываютъ тамъ, гдѣ она необходима. Int. utrubi служитъ, по Савиньи, для того, чтобы ограждать потревоженное, но устоявшее владѣніе отъ дальнѣйшихъ нарушеній того же рода. Мнѣ хотѣлось бы знать, гдѣ и когда примѣнялся utrubi съ этой цѣлью? Не противъ воровъ-ли и разбойниковъ, которымъ не удалось присвоить

---

140) О результатѣ этого распространенія см. у Брунса, § 44, 45.

141) Между прочимъ—прусское право, Брунсъ, стр. 441, 442.

себѣ нашу вещь? Единственный случай, гдѣ мыслимо его примѣненіе, controversia de possessione (стр. 75), и то, по теоріи Савиньи, лишь тогда, когда противники потревожили предварительно другъ друга. Остаются случаи насильственнаго или тайнаго захвата владѣнія, гдѣ Савиньи даетъ interd. unde vi и деликтные иски, тогда какъ новѣйшая теорія послѣдовательнымъ проведеніемъ начала двойственности создаетъ для int. retinendae possessionis рекуператорную функцію и замѣняетъ int. unde vi интердиктомъ utrubi, дѣлая послѣдній хоть на что-нибудь практически пригоднымъ. Но и новѣйшая теорія, твердо придерживаясь въ данномъ случаѣ требованій vitiosae possessionis въ смыслѣ римской доктрины, даетъ этотъ интердиктъ тамъ, гдѣ онъ не особенно нуженъ, ибо онъ является лишь конкурентомъ одновременно открытыхъ деликтныхъ исковъ, и отказываетъ въ немъ тамъ, гдѣ за непримѣнимостью послѣднихъ онъ необходимъ вдвое.

Въ послѣднее время Брунсъ [142]) сдѣлалъ попытку заполнить этотъ пробѣлъ и отыскать для actio spolii [143]), какъ мы ее представили выше, точку опоры въ юстиніановомъ правѣ. Онъ останавливается на l. 11 Cod. unde vi (8.4) (стр. 96), относитъ его, подобно Савиньи, къ владѣнію уже утерянному и видитъ въ немъ прямое доказательство того, что „и по мнѣнію самихъ Римлянъ, характеру владѣльческихъ исковъ вообще и интердикта unde vi въ частности не противорѣчитъ то ихъ свойство, по которому они могутъ возникать изъ владѣнія, предварительно безъ чужой вины утеряннаго, а затѣмъ уже захваченнаго третьимъ лицомъ“. Хотя самъ Юстиніанъ при изданіи закона имѣлъ въ виду однѣ недвижимыя вещи, но принципъ закона, равно какъ и его слова, съ одинаковымъ правомъ могли быть отнесены и къ движимымъ, и къ недвижимымъ; отсюда слѣдуетъ, что „примѣненіе владѣльческихъ исковъ къ случаямъ потери владѣнія безъ посторонняго насилія, по позднѣйшимъ римскимъ понятіямъ, не есть отступленіе отъ общаго характера владѣльческихъ исковъ, а, напротивъ, само должно считаться принципомъ римскаго права“.

---

142) Въ Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther, томъ IV, стр. 65.

143) Законодательное его значеніе онъ призналъ еще прежде въ своемъ сочиненіи о владѣніи, стр. 503.

Я не могу согласиться съ подобнаго рода аргументаціей (см. выше, стр. 97 и сл.); я могу только желать, чтобы практика опять ввела для движимыхъ вещей actio spolii, за цѣлесообразность которой говорятъ и опытъ, и юриспруденція полувѣка. Мы видѣли выше, что по отношенію къ недвижимъ вещамъ новѣйшее право осуществило уже эту здравую идею реформой интердикта unde vi; остается, стало быть, найти принципъ, выходя изъ котораго можно было бы примѣнить къ движимымъ вещамъ все то, что выработано этой реформой для недвижимыхъ. Почему же, спросятъ, не сдѣлало этого само позднѣйшее законодательство, если оно считало это нужнымъ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ заключается въ слѣдующемъ.

Для движимыхъ вещей дѣйствовалъ тогда еще интердиктъ utrubi въ его прежней формѣ [144]) и гарантировалъ владѣльца отъ всякой потери владѣнія, если только онъ вовремя приносилъ свою жалобу. Благодаря utrubi, движимыя вещи ушли въ отношеніи своей защиты много далѣе вещей недвижимыхъ, и всею реформой интердикта unde vi преслѣдовалась, можно сказать, одна цѣль—уравненіе послѣднихъ съ первыми. Неужели же отъ слиянія utrubi съ uti possidetis (слиянія такъ и оставшагося для меня загадкой) это отношеніе должно было сдѣлаться обратнымъ? У Юстиніана мы не находимъ отвѣта, а повѣрить этому безъ всякихъ подтвержденій трудно. Можетъ быть, путемъ слѣдующаго разсужденія удастся намъ удержать за движимостями ихъ прежнее положеніе въ отношеніи владѣльческой защиты. Извѣстныя новѣйшія изслѣдованія показали, что possessor justus могъ отыскивать владѣніе отъ possessor'a injustus не только путемъ рекуператорнаго интердикта, но и путемъ interd. retinendae possessionis [145]). Понятіе vis, расширенное, какъ мы видѣли, до injusta possessio въ отвлеченномъ смыслѣ этого слова, должно было найти себѣ примѣненіе какъ въ interd. unde vi, такъ и въ interd. uti pos.; а такъ

---

144) См., напр., l. 1 Cod. Theod. Utrubi (4.23), относящійся къ 400 году, гдѣ utrubi дается по поводу побѣга рабовъ-земледѣльцевъ.

145) Если это справедливо для того случая, когда отвѣтчикъ еще владѣетъ, то справедливо и для того, когда онъ передалъ кому-нибудь владѣніе. Обратное положеніе противорѣчитъ извѣстному принципу: dolus pro possessione est, что упускаютъ нерѣдко изъ виду.

какъ къ interd. utrubi приходилось опять прилагать тѣ же правила, что̀ и къ interd. unde vi, то, слѣдовательно, тѣ же самыя правила должны были дѣйствовать и по отношенію къ interd. uti possidetis. Мысль, что владѣніе должно быть ограждено отъ всякаго незаконнаго захвата, въ томъ ея видѣ, какъ она выразилась въ позднѣйшей реформѣ интердикта unde vi, есть мысль вполнѣ общая. Если въ началѣ она была осуществлена лишь относительно недвижимыхъ вещей, то это объясняется не чѣмъ инымъ, какъ только исторической ея связью съ interd. unde vi, да еще тѣмъ обстоятельствомъ, что движимыя вещи пользовались въ то время достаточно широкой владѣльческой защитой. Съ момента слiянія въ Юстиніановомъ правѣ вещей движимыхъ съ недвижимыми, и тѣ, и другія становятся по отношенію къ interd. retinendae possessionis въ одинаковое положеніе.

Итакъ, мы приходимъ къ слѣдующему общему результату:

Въ нашемъ современномъ правѣ какъ для движимыхъ, такъ и для недвижимыхъ вещей дѣйствуетъ, въ силу принциповъ Юстиніанова права, то положеніе, что владѣлецъ можетъ требовать владѣльческой защиты противъ всякаго присвоенія владѣнія со стороны третьихъ лицъ, если только это присвоеніе не послѣдовало по его собственной волѣ (какъ въ случаѣ metus или dolus); побочныя обстоятельства такого присвоенія, какъ-то: насиліе, тайный захватъ, ошибка, dolus или недосмотръ третьяго лица—не составляютъ разницы; истецъ обязанъ только доказать, что до этого владѣніе принадлежало ему и что перешло оно къ отвѣтчику именно сказаннымъ, а не инымъ путемъ.

IX.

Идея собственности въ матеріальномъ правѣ владѣнія.

1. Совпаденіе владѣнія и собственности относительно границъ ихъ распространенія.

Предстоящія главы этого сочиненія (IX — XIII) имѣютъ своей задачей доказать, что мотивъ владѣльческой защиты, формулированный нами, опредѣлилъ собою весь строй ученія о владѣніи, т.-е., что связь владѣнія съ собственностью была той основной идеей, которая водила рукой римскихъ юристовъ, когда они набрасывали эскизъ теоріи владѣнія. Выводы, которые я намѣренъ сдѣлать, покажутся, на первый взглядъ, отступленіемъ отъ темы; на самомъ же дѣлѣ— они составятъ лишь дополненіе и повѣрку основной мысли всего моего труда. Если владѣніе, какъ я его понимаю, само лишено всякаго юридическаго значенія и только отражаетъ на себѣ правовое значеніе собственности, то отношеніе между владѣніемъ и защитой его должно быть совершенно обратнымъ тому, какое принято господствующей доктриной. На самомъ дѣлѣ, послѣдняя, отправляясь отъ владѣнія, приходитъ къ его защитѣ, какъ отъ причины къ слѣдствію, и вопросъ объ условіяхъ владѣнія рѣшается исключительно на почвѣ наблюденій того фактическаго отношенія къ вещи, которое мы въ жизни называемъ владѣніемъ; я же слѣдую пути совершенно обратному, начинаю съ собственности, отъ нея перехожу сначала къ защитѣ владѣнія и только затѣмъ уже къ самому владѣнію.

У меня, стало быть, ученіе объ условіяхъ владѣнія опредѣляется не самымъ владѣніемъ, а практическою цѣлью владѣльческой защиты, и всѣ сложившіяся въ обыденной жизни понятія о томъ, что̀ считать владѣніемъ, а что́ нѣтъ—отступаютъ на задній планъ передъ соображеніями, вытекающими изъ этой практической цѣли. Съ точки зрѣнія моей теоріи, гдѣ мѣриломъ защиты является не понятіе „владѣ-

нія“, опредѣляемое такъ или иначе, а интересъ собственника, вовсе не кажется страннымъ тотъ фактъ, который, съ точки зрѣнія Савиньи, иной разъ представляетъ собою просто загадку. Подъ этимъ фактомъ я разумѣю полную независимость защиты владѣнія отъ обычной формы владѣнія,—независимость, которая сказывается въ случаяхъ двоякаго рода: въ однихъ изъ нихъ то, что̀ въ жизни принято считать владѣніемъ, не признается таковымъ, т.-е. не защищается правомъ, въ другихъ, наоборотъ—даруется защита тому, что̀ въ жизни не принято считать владѣніемъ. Если мотива владѣльческой защиты, ея основанія, слѣдуетъ искать въ самомъ владѣніи, то какъ можетъ случиться, что̀ право отказываетъ въ защитѣ тамъ, гдѣ владѣніе налицо, и даруетъ ее тамъ, гдѣ владѣнія нѣтъ?

Рѣшающее вліяніе, которое оказала идея собственности на строй римскаго владѣнія, мы прослѣдимъ въ двухъ направленіяхъ:

1. относительно объективныхъ границъ распространенія „владѣнія“ — границы собственности служили вмѣстѣ съ тѣмъ и границами владѣнія; владѣніе и собственность идутъ совершенно параллельно;

2. относительно внутренняго его строенія, т.-е. относительно вопроса о существованіи владѣнія или объ условіяхъ его возникновенія и продолженія—руководящимъ девизомъ всей теоріи служило подражаніе собственности въ ея обычномъ внѣшнемъ проявленіи; владѣніе есть реальность, видимость собственности.

Чтобы констатировать совпаденіе объективныхъ границъ собственности и владѣнія, необходимо показать,

a) что владѣніе не простирается дальше собственности,— гдѣ нѣтъ собственности, тамъ нѣтъ и владѣнія;

b) что оно простирается ровно настолько, насколько и собственность,—гдѣ собственность, тамъ и владѣніе.

a) Гдѣ нѣтъ собственности, тамъ нѣтъ и владѣнія.

Право стало бы въ противорѣчіе само съ собой, еслибы захотѣло временно защищать внѣшнее отношеніе лица къ вещи, какъ фактическую собственность, тамъ, гдѣ собствен-

ность немыслима — потому-ли, что̀ вещь не можетъ быть объектомъ собственности, или потому, что̀ лицо неспособно быть субъектомъ собственности. Невозможное юридически—не можетъ существовать фактически. Этимъ объясняется, почему римское право исключаетъ возможность владѣнія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ существуютъ со стороны лица или вещи субъективныя или объективныя препятствія къ праву собственности.

Еще раньше, критикуя различныя теоріи, я неоднократно указывалъ, что̀ это положеніе римскаго права никакъ не мирится съ тѣми изъ нихъ, которыя строятъ владѣніе не на собственности [146]). Какая связь между правоспособностью лица или вещи и тѣмъ обстоятельствомъ, что̀ правовой порядокъ или личное право нарушены актомъ насилія, или что воля оскорблена разрушеніемъ фактическаго состоянія? Насколько я припомню, ни у одного изъ авторовъ или защитниковъ помянутыхъ теорій я не нашелъ удовлетворительнаго отвѣта на это возраженіе. Савиньи ограничивается простымъ утвержденіемъ, что̀ случаи объективныхъ или субъективныхъ препятствій „вытекаютъ непосредственно изъ понятія владѣнія“ (стр. 214), но не тратилъ ни одного слова на доказательство этого положенія. Все, что̀ онъ говоритъ, сводится къ тому, что̀ res extra commercium не можетъ быть объектомъ владѣнія (стр. 124), что̀ „очень естественно, что̀ рабы неспособны владѣть юридически, такъ какъ они не имѣютъ вообще никакихъ правъ“ (стр. 127) и что неспособность подвластныхъ дѣтей быть субъектами владѣнія вытекаетъ изъ того правила, что „они не могутъ обладать никакимъ имущественнымъ правомъ“ (стр. 126). Никакъ не пойму я, что̀ здѣсь должно казаться „очень естественнымъ“? Что имѣетъ общаго имущественная правоспособность съ опредѣленіемъ владѣнія по Савиньи? Вѣдь, по Савиньи, владѣніе не имущественное право, но просто область, на которой совершается преступленіе, направленное противъ личности, и будетъ-ли служить только областью locus publicus или locus privatus—это, я думаю, все равно. (стр. 11, выше).

Не безполезно, пожалуй, будетъ для насъ поближе всмот-

[146]) Теоріи Гуфеланда (l. c., стр. 73, 83) и Тибо (§ 210, см. выше стр. 18—„Теорія Тибо“) составляютъ исключеніе.

рѣться въ положеніе подвластнаго сына относительно владѣнія и изучить, какъ пассивную, такъ и активную роль filius familias, т.-е. разсмотрѣть его какъ въ качествѣ объекта, такъ и въ качествѣ субъекта владѣнія. Что на фактическое отношеніе отца къ подвластному сыну нельзя смотрѣть какъ на владѣніе—это ясно засвидѣтельствовано источниками въ l. 1 § 8 de poss. (41.2), и есть не больше, какъ частный случай того общаго правила, что свободныя лица не могутъ быть объектами владѣнія. Съ точки зрѣнія моей теоріи это объясняется очень просто—юридическая власть надъ сыномъ выражается не въ формѣ собственности, какъ власть надъ рабомъ, а въ формѣ patria potestas; а гдѣ нѣтъ rei vindicatio [147]), тамъ, понятно, не можетъ быть и владѣльческой защиты. Пусть попробуютъ мои противники объяснить подобное положеніе. Что же, власть надъ сыномъ (владѣніе, вѣдь, власть) меньше, чѣмъ господина надъ рабомъ? Фактически—конечно, нѣтъ. Если господинъ удерживаетъ владѣніе сбѣжавшимъ рабомъ, не имѣя надъ нимъ ровно никакой фактической власти, то, я думаю, то же право слѣдовало бы ему предоставить и по отношенію къ сыну, подчиненному его отцовской волѣ. Если обратить вниманіе на правовой характеръ этой власти, то окажется, что юридически господство надъ сыномъ по своей первоначальной идеѣ было тождественно съ господствомъ надъ рабами; первое было potestas въ той же мѣрѣ, какъ и второе; отцовская власть съ теченіемъ времени смягчилась, но не утратила своего характера; точно также была умѣрена въ новѣйшемъ правѣ и potestas надъ рабами, что не мѣшало однако всѣмъ называть фактическое ея бытіе — по прежнему, владѣніемъ. Съ точки зрѣнія теоріи деликта и воли никакъ нельзя понять, почему задержаніе чужаго сына не считалось у Римлянъ тѣмъ же, что и задержаніе чужаго раба, т. е. нарушеніемъ правоваго порядка, оскорбленіемъ господской воли хозяина дома.

Но чисто физическая власть надъ человѣкомъ не есть владѣніе; въ противномъ случаѣ пришлось бы допустить [148]), что я владѣю свободнымъ человѣкомъ, который находится

---

147) l. 1 § 2 de R. V. (6.1).

148) Вопреки l. 23 § 2 de poss. (41 2).

у меня въ оковахъ, ибо фактическая зависимость закованнаго человѣка отъ моей воли ничѣмъ не отличается отъ зависимости звѣря, котораго я посадилъ на цѣпь. Даже присоединеніе правового момента не въ силахъ придать этой власти характеръ владѣнія. Физическая власть надъ одушевленными или неодушевленными предметами лишь тогда становится владѣніемъ, когда юридическая власть, соотвѣтствующая ей, есть собственность.

Если мы обратимся къ активной роли filius familias, къ неспособности его владѣть чѣмъ бы то ни было, то увидимъ, что удовлетворительное ея объясненіе возможно опять-таки лишь точки зрѣнія нашей теоріи [149]). Подвластный сынъ не можетъ владѣть потому и настолько, насколько онъ не можетъ имѣть ничего собственнаго; на что̀ ему защита собственности, если самая собственность въ его лицѣ немыслима? Но гдѣ для него открытъ доступъ къ собственности, тамъ за нимъ признается въ соотвѣтствующихъ размѣрахъ и способность ко владѣнію. Filius familias пользуется въ отношеніи своего peculium castrense правами владѣльца [150]). Отсюда слѣдуетъ, что въ наше время для всѣхъ дѣтей должно дѣйствовать положеніе, обратное римскому, такъ какъ въ нашемъ правѣ съ развитіемъ правъ дѣтей на отдѣльное имущество устранено препятствіе для признанія за ними правъ на владѣніе. Къ такому выводу пришли еще глоссаторы; ему сочувствуетъ и Савиньи.

Пусть кто-нибудь попробуетъ найти другое основаніе. Единственно, что̀ можно еще допустить, это то, что отношеніе личной зависимости, въ которую ставитъ подвластнаго сына отцовская власть, исключаетъ возможность владѣльческой воли. Напримѣръ, filius familias miles показы-

---

[149]) См. выше стр. 12. Пользуюсь случаемъ привести текстъ l. 36 § 6 de V. O. (45.1), который для нашего вопроса не лишенъ значенія. Юристъ задается вопросомъ, дѣйствительна-ли юридически стипуляція filius familias, направленная на „sibi habere licere". Сначала онъ представляетъ доводъ въ пользу утвердительнаго рѣшенія: „auferri res ei et ipse eandem auferre potest", но опровергаетъ его тѣмъ, что̀ „non factum, sed jus in hac stipulatione vertitur" и въ заключеніе приходитъ къ слѣдующему выводу: „licet juris verba haec contineat stipulatio, tamen sic esse accipiendum, ut in filiofamilias videatur actum esse de possessione retinenda aut non auferenda et vires habet stipulatio.

[150]) l. 4 § 1 de usurp. (41.3 ... usucapiet.

ваетъ, какъ мало эта зависимость препятствуетъ владѣльческой волѣ и владѣнію. Какъ фактически, такъ и юридически, между filius f. miles и f. f. paganus въ отношеніи ихъ къ potestas нѣтъ никакой разницы, тѣмъ не менѣе юристы одного признаютъ способнымъ владѣть, другому отказываютъ въ этой способности. Рѣшеніе, дошедшее до насъ въ l. 44 § 7 i. f. de usurp. (41.3) [151]), можетъ служить поучительнымъ примѣромъ того, какъ мало вообще значилъ моментъ воли во владѣніи подвластнаго сына. Въ то время, какъ сынъ въ отсутствіе отца купилъ на его имя вещи и получилъ ихъ по передачѣ, отецъ умираетъ въ чужихъ краяхъ; что̀ дѣлается съ владѣніемъ? Отвѣтъ: съ момента смерти отца (но не съ момента, когда сынъ получилъ объ этомъ извѣстіе) владѣніе считается за сыномъ. Почему такъ? Потому, что съ этого момента сынъ становится человѣкомъ sui juris, suus heres, собственникомъ; права же на владѣніе вытекаютъ отсюда, какъ само собою понятное въ глазахъ юриста послѣдствіе. Между тѣмъ съ его волей не произошло ни малѣйшей перемѣны; онъ, по прежнему, считаетъ себя подвластнымъ сыномъ и намѣренъ держать вещь за отца. Не недостаткомъ воли, стало быть, исключается владѣніе въ лицѣ подвластнаго сына, а его неправоспособностью; вмѣстѣ съ правомъ собственности онъ, помимо своего желанія и воли, пріобрѣтаетъ и право на владѣніе и самое владѣніе. Поэтому римскіе юристы, напротивъ, не признавали владѣнія за подвластнымъ сыномъ, несмотря на его владѣльческую волю, если дошедшій до него слухъ о смерти отца оказывался ложнымъ.

Итакъ, подвластному сыну мѣшаетъ владѣть не власть, тяготѣющая надъ нимъ, а его же собственная неправоспособность; гдѣ послѣдняя устранена, какъ въ примѣрѣ filius familias miles, тамъ первая не составляетъ препятствія. Въ концѣ концовъ положеніе подвластнаго сына подтверждаетъ оба тезиса, которые мы доказываемъ: гдѣ нѣтъ собственности, тамъ нѣтъ и владѣнія; гдѣ собственность— тамъ и владѣніе, и въ то же время самымъ рѣзкимъ образомъ противорѣчитъ любой изъ тѣхъ теорій владѣнія,

---

151) Савиньи съумѣлъ сказать объ этомъ рѣшеніи только то, что̀ „оно представляется чѣмъ-то особеннымъ“, между тѣмъ оно никакъ не мирится со всей теоріей (и прежде всего съ ученіемъ объ animus domini).

которыя выбираютъ исходнымъ пунктомъ не собственность, а что-нибудь другое.

Мнѣ остается разсмотрѣть еще одно обстоятельство, которое можетъ, пожалуй, послужить возраженіемъ противъ справедливости моихъ тезисовъ. Forum autem et basilicam hisque similia non possident (municipes), sed promiscue his utuntur, говоритъ Павелъ въ l. 1. § 22 de poss. (41.2); между тѣмъ городъ имѣетъ право собственности на означенныя вещи,—слѣдовательно, тутъ ужъ нѣтъ совпаденія владѣнія и собственности. Не въ первый уже разъ мнѣ приходится замѣтить, что въ данномъ случаѣ не вѣрна большая посылка. Еще прежде и по другому поводу [152]) я оспаривалъ взглядъ, будто отношеніе государства къ предметамъ общественнаго употребленія (res publicae) должно считаться собственностью, и теперь я принужденъ повторить въ общихъ чертахъ свое мнѣніе, такъ какъ брошюры, въ которыхъ оно изложено, попадались, вѣроятно, весьма немногимъ изъ моихъ читателей.

Я выхожу изъ того положенія, что понятія „правовая принадлежность" и „собственность" не совпадаютъ; что вещь можетъ мнѣ „принадлежать", не будучи моею собственностью, т. е. не подлежа всѣмъ тѣмъ правиламъ, которыя установлены для послѣдней относительно пріобрѣтенія, потери, защиты, общей собственности и т. д. Мои волосы „принадлежатъ" мнѣ, обстриженные волосы составляютъ предметъ торговли и собственности, но пока они на головѣ у человѣка — къ нимъ непримѣнимы понятія: владѣніе и собственность [153]). Res sacrae принадлежали различнымъ религіознымъ обществамъ [153a]), res religiosae—различнымъ частнымъ лицамъ, и это правоотношеніе на практикѣ близко подходило къ собственности [153b]), ибо это было отношеніе вещи къ лицу, защищенное исками, и, хотя ограниченное, но ограниченное цѣлью, для которой вещь предназначалась

---

[152]) Въ двухъ мнѣніяхъ, изложенныхъ мною по просьбѣ правленія кантона Городъ-Базель; № 1 Лейпцигъ, 1862, стр. 36—44, № 2 Базель, 1862, стр. 3—20; см. также мое соч. „Geist d. R. R. III, стр. 336, прим. 476.

[153]) l. 13 pr. ad leg. Aq. (9.2) dominus membrorum suorum nemo videtur.

[153a]) Frontinus de controv. agr. II (Grom. vet ed. Lachmann, стр. 57) de aede Minervae jam multis annis litigant (Adrumentini et Pysdritani).

[153b]) l. 2 § 2 de int. (43.1) ... sed et illa interdicta, quae de locis sacris et religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent.

исключительно [154]). Однако Римляне не подвели его подъ понятіе собственности, ибо въ противномъ случаѣ имъ пришлось бы допустить рядъ принциповъ, которые не могли имѣть мѣста относительно res sacrae и religiosae, какъ-то: свободное отчужденіе, возможность общей собственности и исковъ о раздѣлѣ, возникновеніе сервитутовъ, пріобрѣтеніе по давности и т. д. Чего же держаться относительно res publicae? Онѣ предназначаются служить не государству, какъ юридическому лицу, а гражданамъ государства (usus publicus). Съ этимъ очень легко согласить второстепенное правовое отношеніе къ нимъ государства, и я признаю, что притязаніе послѣдняго на доходъ съ res publicae [155]), равно какъ и собственность на тѣ вещи, чтò изъ res publicae дѣлаются res privatae, выходятъ изъ предѣловъ „jus majestatis", къ которому Келлеръ [156]) хотѣлъ свести всѣ права государства на общественныя вещи, и придаютъ этимъ правамъ частно-правовой характеръ. Однако можно-ли назвать ихъ правомъ собственности? По моему—нѣтъ. Если употребить слово „собственность" просто въ общемъ смыслѣ юридической принадлежности, какъ говорятъ о собственности на долгъ, на вексель или о собственности литературной, то я противъ этого ничего не имѣю, и Римляне, за неимѣніемъ другаго выраженія, позволяли себѣ подобную неточность [157]). Но совершенно иного рода вопросъ—вправѣ-ли мы примѣнить къ данному отношенію понятіе собственности, и въ этомъ весь споръ. Примѣняя понятіе собственности, мы тѣмъ самымъ допускаемъ примѣненіе всѣхъ прин-

154) Текстъ см. въ м. соч. „G. d. R. R. l. c., стр. 335.

155) Примѣрами такого дохода могутъ служить трава и деревья, растущія у общественныхъ дорогъ, solarium выстроеннаго на общественной землѣ superficies'а (l. 32 de cont. emt. 18.1, l. 2 § 17. Ne quid in l. p. 43.8). Къ той же статьѣ доходовъ слѣдуетъ причислить: по l. 3 § 10 de J. fisci (49 . 14), право государства на половину кладовъ, найденныхъ „in locis religiosis aut in monumentis", а по § 39 J. de R. D. (2.1)—на половину кладовъ, вырытыхъ на общественной землѣ.

156) Въ мнѣніи, изложенномъ по поводу вышеупомянутаго процесса (перепечатанномъ въ „Приложеніи къ мнѣнію касательно базельскихъ укрѣпленій", J. Rüttimann, Цюрихъ 1860) и въ своихъ Пандектахъ, § 48.

157) Они говорили, напр., dominium usufructus (въ противоположность possessio usufructus) l. 3 si usufr. (7.6), dominus hereditatis l. 48 pr. de her. inst. (28.5), dominus sepulchri l. 6 sep. viol. (47.12).

циповъ права, собственности. Въ римскомъ правѣ примѣнимость понятія собственности къ res publicae, очевидно, отрицается: res publicae противополагаются тамъ настоящей государственной собственности (patrimonium, pecunia, bona populi, fisci) [158]); кромѣ того, тамъ указано положительнымъ образомъ, что къ нимъ не примѣнимы понятія, которыя предполагаютъ способность вещи быть объектомъ собственности, какъ-то: пріобрѣтеніе по давности, сервитуты, купля, стипуляція и т. д. [159]), такъ что вовсе не случайность, если римскіе юристы, говоря объ этомъ отношеніи, старательно избѣгаютъ слова „dominium" и тамъ, гдѣ хотятъ назвать право государства на res publicae, употребляютъ неопредѣленное выраженіе: jus civitatis [159a]).

Я не вижу необходимости измѣнять римское названіе отношенія. На самомъ дѣлѣ, если говорятъ, что res publicae, изъятыя изъ общественнаго употребленія, переходятъ въ собственность государства, то это не совсѣмъ вѣрно (alveus derelictus и insula in flumine nata); но поскольку вѣрно (общественныя дороги и площади), постольку можетъ быть

---

[158]) l. 6 pr. l. 72 § 1 de cont. emt. (18.1), l, 14 pr. de A. R. D. (41.1), l. 2 § 4 Ne quid in loco (43.8), l. 17 pr. de V. S. (50.16). Несомнѣнно, чтó выраженія: res publicae nullius in bonis esse creduntur (l. 1 pr. de R. D. l. 8) и sacrae res et religiosae et sanctae nullius in bonis sunt (l. 6 § 2 ibid.) могутъ быть, поняты лишь въ смыслѣ отрицанія частной собственности. По поводу настоящей выноски и приведеннаго мѣста „Geist des R. R." я получилъ отъ Dr. фонъ-Керсторфа изъ Аугсбурга сообщеніе, гдѣ онъ выводитъ, чтò понятіе „bona" въ l. 49 de V. S. (50.16) обнимаетъ собою не одну собственность, а всѣ формы и роды юридической принадлежности, и потому фразу: „nullius in bonis est", на которую я ссылаюсь въ настоящей выноскѣ, не слѣдуетъ относить къ одной собственности, но чтó она тѣмъ не менѣе не противорѣчитъ моему взгляду, такъ какъ въ ней юридическое притязаніе отдѣльныхъ лицъ (nullius) на данныя вещи, дѣйствительно, не признается, хотя самый вопросъ о правѣ государства и не затрогивается. Едва-ли кого удовлетворитъ подобное объясненіе. Если словамъ: „in bonis esse" придать смыслъ юридической принадлежности вообще, то попытка отнести отрицаніе этой юридической принадлежности только къ индивидамъ, но не къ государству, очень легко можетъ встрѣтить возраженіе, что, стало быть, подъ „nullius" разумѣлись не одни физическія, но и юридическія лица.

[159]) l. 83 § 6 de V. O. (45.1), l. 34 § 1 de cont. emt. (18.1), l. 1 pr. de S P. U. (8.2), l. 9 de usurp. (41.3), l. 2 de via publ. (43.11).

[159a]) l. 2 § 2 Ne quid in l. p. (43.8)... loca publica privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque.

отнесено то же самое и къ res religiosae [159b]); въ обоихъ случаяхъ падаетъ препятствіе, которое мѣшало допустить собственность, вещь становится res in commercio, предметомъ обыкновенной частной собственности, но для прошлаго изъ этого не слѣдуетъ ничего. Ничего не доказываютъ и побочные доходы съ res publicae (прим. 155). Доходы означаютъ лишь, что отношеніе государства къ res publicae носитъ на себѣ не только публично-правовой, но и частноправовой характеръ, но ничуть не говорятъ за то, чтобы это отношеніе слѣдовало подводить подъ понятіе собственности. Пока есть другая форма юридической принадлежности (а что она есть—доказательствомъ можетъ служить правоотношеніе къ res sacrae и religiosae), юристу нѣтъ нужды бросать безукоризненную терминологію римскаго права и навязывать государству собственность, которой недостаетъ всего того, чѣмъ обусловливается характеристическая разница между собственностью и разсматриваемымъ отношеніемъ.

Выведенная мною раньше теорія и параллелизмъ, который, какъ я утверждаю, существуетъ между владѣніемъ и собственностью, находятъ для себя солидную опору въ вышеприведенномъ l. 1 § 22 de poss. и черезъ это взаимно пополняются. На самомъ дѣлѣ, отрицая владѣніе на res publicae и подставляя вмѣсто него usus (publicus), законъ этотъ признаетъ мой тезисъ: гдѣ нѣтъ собственности—тамъ нѣтъ и владѣнія, и тѣмъ самымъ даетъ новый аргументъ противъ теоріи государственной собственности на res publicae. Если государство имѣло на нихъ право собственности, то почему, вопреки общему правилу, римская юриспруденція не признавала въ данномъ случаѣ реальности этого права за владѣніе и почему она отказывала государству во владѣльческой защитѣ, столь важной для защиты собственности?

b) Гдѣ собственность—тамъ и владѣніе.

Если владѣльческая защита составляетъ необходимое дополненіе защиты собственности, то владѣніе должно быть

[159b]) l. 44 § 1 de relig. (11.7).

постояннымъ и неразлучнымъ спутникомъ собственности, если только даны условія владѣнія. Послѣдней оговоркой я гарантирую себя на тотъ случай, когда собственность продолжается безъ владѣнія. Для того, чтобы продолжалось владѣніе, мало продолженія самой собственности—нужно, чтобы продолжалось реальное ея осуществленіе.

Отвѣчаетъ-ли этому требованію римская теорія владѣнія? Я не знаю ни одного случая собственности, гдѣ бы не оправдывался утверждаемый мною параллелизмъ между владѣніемъ и собственностью. Всюду, гдѣ только допускается собственность, тамъ римское право допускаетъ и владѣніе, иной разъ даже цѣною измѣны школьному опредѣленію послѣдняго. Я приведу—не въ доказательство самаго утвержденія, а только въ примѣръ такого параллелизма — общую собственность, которой въ области владѣнія отвѣчаетъ совладѣніе, точно такъ-же какъ съ другой стороны — невозможности общей собственности in solidum отвѣчаетъ невозможность совладѣнія in solidum. Выходя изъ идеи физическаго господства, едва-ли можно дойти до совладѣнія, между тѣмъ какъ съ точки зрѣнія собственности совладѣніе является необходимымъ рефлексомъ сособственности.

Что касается самаго утвержденія, то въ доказательство его я приведу слѣдующіе факты:

1. Владѣніе дѣтей и помѣшанныхъ. Къ чему допускать владѣніе лицъ, лишенныхъ воли, если интересъ и мотивъ владѣнія заключаются только въ волѣ? Неужели необходимо искусственнымъ путемъ, черезъ посредство попечителей, ставить ихъ въ такія условія, чтобы они могли сдѣлаться жертвами того преступленія, противъ котораго они были бы гарантированы своей естественной недѣеспособностью? Это, по моему, одно и то же, что̀ вставить беззубому зубъ для того только, чтобы дать ему возможность страдать зубною болью. Если все правовое значеніе владѣнія исчерпывается тѣмъ, что̀ въ немъ затрогивается и оскорбляется воля, то счастливъ тотъ, у кого нѣтъ воли. Никто не станетъ отрицать, что̀ отступленіе относительно названныхъ лицъ отъ условія воли представляетъ одну изъ самыхъ крупныхъ аномалій всей владѣльческой теоріи. Нечего возражать, что̀ воля представителя замѣняетъ ихъ собственную волю, такъ какъ, съ одной стороны, это несправедливо для случая, гдѣ подвергается

сумашествію владѣлецъ, по крайней мѣрѣ до тѣхъ поръ, пока не установлена cura furiosi [159c]), а съ другой — безъ владѣльческой воли самого хозяина и представитель не можетъ пріобрѣсти владѣнія.

Съ точки зрѣнія моей теоріи это явленіе и объяснять нечего. Если не хотѣли объявить названныхъ лицъ почти что неправоспособными, то не могли не признать за ними способности ко владѣнію; теоріи пришлось въ данномъ случаѣ склониться передъ практическими потребностями. Отказать дѣтямъ и умалишеннымъ въ этой способности значило бы отнять у нихъ interd. unde vi и, въ случаѣ насильственнаго захвата, заставить ихъ виндицировать свою вещь,—отрѣзать имъ, стало быть, доступъ къ пріобрѣтенію собственности черезъ традицію, словомъ, не облегчить ихъ юридическаго положенія, что̀ составляетъ задачу права, а сдѣлать его какъ нельзя болѣе тяжелымъ.

Путемъ даренія по новѣйшему праву, какъ извѣстно, могутъ пріобрѣтать владѣніе даже infantes, конечно, только на такія вещи, которыя принято дарить дѣтямъ [160]). Я думаю, и говорить нечего, что подобная уступка сдѣлана не ради владѣнія—воли, а ради интересовъ собственности. Почему способность къ владѣнію ограничена случаемъ дара? Потому, что это — единственный случай, гдѣ дѣти пріобрѣтаютъ обыкновенно на практикѣ собственность безъ опекуна, или, лучше сказать, гдѣ представляется интересъ сдѣлать для нихъ возможнымъ подобное пріобрѣтеніе; только для этой цѣли и допущено здѣсь владѣніе. Здѣсь

159c) Что здѣсь владѣніе продолжается, объ этомъ говорятъ l. 27 de poss. (41.2) по поводу владѣнія, осуществляемаго „animo"; о продолженіи давности см. l. 4 § 3 и l. 44 § 6 de usuc. (41.3). Въ этомъ послѣднемъ мѣстѣ приводится соображеніе, которымъ я вскорѣ воспользуюсь: ne languor animi damnum etiam in bonis afferat; оно для владѣльческой защиты, пожалуй, еще важнѣе, чѣмъ для пріобрѣтенія по давности. Савиньи (стр. 354) старается раціональнымъ путемъ оправдать продолженіе владѣнія, опираясь на законъ, выведенный имъ для потери владѣнія (къ чему я возвращусь ниже); римскій юристъ видитъ въ этомъ аномалію, которая допущена „utilitatis causa", т.-е. въ виду вышеприведеннаго соображенія.

160) arg. l. 3 Cod. de poss. (7.32 verb. corpore quaeritur, l. 4 § 2 de usurp. (41.3) ... et animum possidendi habeat. Это относится къ игрушкамъ, лакомствамъ, деньгамъ, но не къ домамъ или лошадямъ.

опять, стало быть, владѣніе выступаетъ въ своей служебной роли относительно собственности.

Сказанное остается въ силѣ и

2. Относительно лицъ юридическихъ. И у нихъ нѣтъ естественной владѣльческой воли—обстоятельство, въ которомъ нѣкоторые римскіе юристы видѣли теоретическое препятствіе для признанія владѣнія за юридическими лицами; практика же была настолько тактична, что не стѣснилась этимъ обстоятельствомъ [161]). Чѣмъ вызвана была уступка въ пользу практики, если вся задача состояла въ томъ, чтобы сдѣлать возможными противъ юридическихъ лицъ владѣльческія преступленія, если все значеніе владѣнія исчерпывалось понятіемъ воли и правомъ личности на неприкосновенность свободы ея дѣйствій? Но нѣтъ, тутъ имѣлась въ виду цѣль болѣе серіозная: необходимо было дать юридическимъ лицамъ возможность пріобрѣтать по давности и пользоваться тѣмъ облегченнымъ способомъ доказыванія собственности, который даруется во владѣніи.

3. Со смертью владѣльца владѣніе прекращается, но еще раньше (стр. 69.) мы вывели, что практическая потребность, которой удовлетворяетъ между живыми владѣніе, при наслѣдованіи удовлетворяется сполна иными способами, именно—непрерывнымъ теченіемъ давности и искомъ о наслѣдствѣ.

4. Quasi — владѣніе существеннымъ образомъ подтверждаетъ мою теорію. Если мы отъ права переходимъ къ владѣнію, если практическій мотивъ владѣнія полагаемъ въ правѣ, то мало того, что для насъ становится понятнымъ распространеніе идеи владѣнія на всѣ права, относительно которыхъ можно говорить о реальности права, т.-е. которымъ отвѣчаетъ продолженное видимое осуществленіе, но и самый фактъ распространенія является неизбѣжнымъ финаломъ юридическаго развитія такихъ правъ. И, напротивъ, я не пойму, какъ можно дойти до подобнаго распространенія идеи владѣнія на другія права, если отправляться только отъ понятія физическаго господства надъ вещью, когда это распространеніе не заключаетъ въ себѣ ничего владѣльческаго: когда оно не опирается ни на наличность вещи, ни на наличность физическаго господства; остается равно

---

161) Ср. l. 1 § 22 и l. 2 de poss. (41.2).

непонятнымъ и самый мотивъ всей этой каррикатуры владѣнія, въ которой мнимо-основная его идея искажена до такой крайней неузнаваемости. Если послѣдователи теоріи Савиньи желаютъ быть искренними, то они должны смотрѣть на quasi-владѣніе, какъ на ни чѣмъ необъяснимую особенность, какъ на одно изъ самыхъ дикихъ заблужденій, какія только когда-нибудь появлялись въ правѣ, потому что пропасть между физическимъ господствомъ надъ вещью, съ одной стороны, и осуществленіемъ безконечнаго множества такихъ правъ, которымъ чужды эти два элемента, но которыя, по современному праву, могутъ быть объектами quasi-владѣнія, съ другой—непроходима. Заполнить ее можетъ лишь та мысль, что̀ обѣ формы владѣнія заключаютъ въ себѣ осуществленіе права, и если Савиньи, по необходимости, пользуется этой мыслью (стр. 192), то оплачиваетъ ее цѣною измѣны самому себѣ. Съ того самаго момента, какъ онъ призываетъ на помощь понятіе осуществленія права, онъ признаетъ, что̀ идея физическаго господства надъ вещью не имѣетъ первостепеннаго, самостоятельнаго значенія для владѣнія,—слѣдовательно, не можетъ служить и основаніемъ всей владѣльческой теоріи, а обладаетъ второстепенною важностью, представляя изъ себя форму, въ которой выражается идея осуществленія права собственности. Разъ мы, вмѣсто идеи физическаго господства, подставили, въ качествѣ основнаго принципа владѣнія, идею осуществленія правъ—логическая послѣдовательность заставляетъ насъ искать послѣднихъ основаній владѣнія въ самихъ же правахъ; а разъ мы стали на этотъ путь — та же логическая послѣдовательность приводитъ насъ сначала къ открытію параллельнаго движенія правъ и владѣнія, а затѣмъ—къ тому заключительному выводу, что̀ владѣльческая защита служитъ необходимымъ дополненіемъ защиты правъ. Такимъ образомъ, идея параллелизма между собственностью и владѣніемъ, которой мы посвятили предыдущее изложеніе, подтверждается примѣромъ распространенія quasi-possessio въ современномъ обычномъ правѣ на всѣ доступныя владѣнію права. Въ то же время примѣръ этотъ проливаетъ яркій свѣтъ на самый параллелизмъ и даетъ намъ возможность опредѣлить идею владѣнія болѣе общимъ способомъ, чѣмъ мы опредѣляли ее до сихъ поръ, слѣдя только за вла-

дѣніемъ вещами, т.-е. не какъ реальность права собственности, а какъ реальность правъ (связанныхъ съ продолженнымъ выраженіемъ во внѣ).

X.

2. Вопросъ о пріобрѣтеніи и потерѣ владѣнія.—Критика теоріи Савиньи.

Если нашъ взглядъ на владѣніе, какъ на реальность собственности, вѣренъ, то онъ долженъ оправдать себя прежде всего на ученіи о возникновеніи и продолженіи владѣнія. Мы заранѣе можемъ вывести правило, которое здѣсь будетъ соблюдаться:

> Способъ, какимъ собственникъ фактически осуществляетъ свою собственность, долженъ служить масштабомъ при опредѣленіи существованія владѣнія.

Я надѣюсь доказать, что для римскаго права это правило совершенно вѣрно и что оно одно способно спасти насъ отъ тѣхъ противорѣчій и затрудненій, которыя связаны съ формулировкой условій возникновенія и прекращенія владѣнія по Савиньи—противорѣчій и затрудненій, съ которыми мало считались только потому, что не находили средствъ обойти ихъ. Ни одна сторона теоріи Савиньи не встрѣтила въ общемъ такого единодушнаго одобренія и довѣрчиваго пріема, какъ эта, и потому я считаю необходимымъ, прежде чѣмъ приступить къ изложенію моего собственнаго взгляда, мотивировать приговоръ, который я только-что вынесъ относительно теоріи Савиньи, — доказать, что она впадаетъ въ рядъ вопіющихъ противорѣчій не только съ рѣшеніями римскихъ юристовъ, но и сама съ собою. Главная ошибка Савиньи, на мой взглядъ, состоитъ въ томъ, что онъ отождествляетъ понятіе „владѣнія“ съ понятіемъ „фактическаго господства надъ вещью“, не замѣчая, что „фактическое

господство надъ вещью"—понятіе относительное и ограниченное. Черезъ это онъ ставитъ себя въ необходимость искусственно расширять это послѣднее до такой степени, что оно теряетъ всякій смыслъ и совершенно искажается.

Посмотримъ сначала, выдерживаетъ ли подобный взглядъ критику со стороны ученія о пріобрѣтеніи владѣнія, а потомъ—и со стороны ученія о его потерѣ.

Понятіе пріобрѣтенія опредѣляется у Савиньи (стр. 210, 211, 236) такъ, что пріобрѣтеніе „должно давать физическую возможность, съ одной стороны, непосредственно воздѣйствовать на вещь, съ другой — исключать всякое чуждое воздѣйствіе". Существеннымъ условіемъ такой возможности, какъ для вещей недвижимыхъ (стр. 212), такъ и для движимыхъ (стр. 216), Савиньи выставляетъ непосредственное присутствіе владѣльца при вещи; лишь матеріальное присутствіе дѣлаетъ возможнымъ произвольное распоряженіе вещью (стр. 214); возможность воздѣйствовать на вещь по произволу должна представляться уму того, кто хочетъ пріобрѣсть, — „въ качествѣ возможности непосредственной и настоящей" (стр. 238). Поэтому-то въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, гдѣ не упоминается о присутствіи (стр. 220, 225), Савиньи выставляетъ его какъ нѣчто подразумѣвающееся само собою. Рабы, переходъ которыхъ въ чье-либо владѣніе или собственность совершается по l. 1 Cod. de donat. (8.54) простой передачей купчей крѣпости, присутствуютъ при самомъ актѣ передачи; покупатель въ l. 1 § 21 de poss. (41.2) и l. 9 § 6 de A. R. D. (41.1) стоитъ у кладовой, когда ему передаютъ ключи отъ нея.

Удалось-ли Савиньи, какъ онъ думаетъ (стр. 236), доказать толкованіемъ текстовъ, что его опредѣленіе вѣрно? По моему — рѣшительно нѣтъ. Возможность пріобрѣтенія владѣнія черезъ custodia (стр. 226 и сл.) стоитъ въ непримиримомъ противорѣчіи съ условіемъ личнаго присутствія пріобрѣтателя, и трудно понять, какъ Савиньи думаетъ обойти это противорѣчіе, говоря (стр. 227), что „власть всякаго надъ своимъ домомъ вѣрнѣе, чѣмъ надъ какимъ бы то ни было другимъ имуществомъ,—отсюда у насъ custodia надъ всѣми вещами, которыя находятся въ домѣ". Вѣдь, по Савиньи, мало этой власти, нужна еще возможность непосредственнаго воздѣйствія на вещь, а эту возможность онъ

видитъ лишь тамъ, гдѣ пріобрѣтатель присутствуетъ при вещи. Если достаточно и „вѣрной власти", то неужели, спрошу я, власть эта меньше, когда тотъ, кто продалъ мнѣ кладовую, приноситъ мнѣ ключи, чѣмъ тогда, когда торговецъ, не будучи замѣченъ никѣмъ изъ моихъ людей и никому не показавъ вещи, кладетъ въ незапертой передней свертокъ товара, загоняетъ въ незапертое стойло корову, складываетъ на моемъ дворѣ возъ дровъ или возъ навоза въ моемъ саду? Думаю, что въ первомъ случаѣ у меня власти несравненно больше. Никто легче меня не отопретъ желѣзной двери кладовой, между тѣмъ какъ незапертая передняя, дворъ, садъ, стойло открыты для всякаго, и если кто захочетъ взвѣсить опасность захвата владѣнія въ томъ и другомъ случаѣ и измѣрить этимъ „сознаніе своего физическаго господства", то почувствуетъ себя, я думаю, несравненно безопаснѣе съ ключами отъ магазина въ рукахъ, чѣмъ со всею custodia, которая будто бы гарантируетъ за нимъ владѣніе.

L. 55 de A. R. D. (41.1) признаетъ за мной владѣніе и собственность на дичь, которая попала въ мои силки или капканы, безотносительно къ тому, гдѣ они поставлены— на моей ли собственной землѣ или въ общественномъ лѣсу [162]). Что юристъ вовсе не требуетъ непосредственнаго, матеріальнаго присвоенія дичи — слѣдовательно, допускаетъ возникновеніе владѣнія и въ отсутствіи охотника — на это указываютъ самымъ очевиднымъ образомъ употребленныя имъ выраженія: aprum meum.... qui eo facto meus esse desisset. Вотъ несомнѣнный случай пріобрѣтенія владѣнія въ удаленіи отъ вещи. Слѣдовательно, возможность непосредственнаго физическаго воздѣйствія никакъ нельзя считать абсолютнымъ условіемъ пріобрѣтенія.

Но возьмемъ случаи, гдѣ есть и эта возможность, и соединенныя съ нею сознаніе и воля. Оказывается, что и этого далеко не всегда бываетъ достаточно. Пусть кто-нибудь попытается примирить съ теоріей Савиньи, напр., слѣдующія два рѣшенія. По l. 5 § 3 de A. R. D. (41.1) всякій можетъ „sine furto

---

[162]) Савиньи (стр. 223 прим.) уклоняется отъ выраженія опредѣленнаго мнѣнія объ этомъ мѣстѣ, ибо, говоря, что „рѣшеніе объясняется словами: ut si in meam potestatem pervenit, meus factus est", — онъ переводитъ только слова юриста: „summam tamen hanc esse puto".

possidere" тѣмъ медомъ, который сдѣлалъ въ дуплѣ моего дерева рой чужихъ пчелъ; иными словами, я не пріобрѣтаю на этотъ медъ, также какъ, по § 2, и на самихъ пчелъ, ровно никакого владѣнія. Относительно пчелъ — это еще понятно, но медъ въ деревѣ моего сада я долженъ бы, кажется, считать своимъ не меньше, чѣмъ дроздовъ, что̀ запутались въ силокъ въ моемъ лѣсу. Возможность непосредственнаго воздѣйствія, сознаніе, воля—налицо, почему же нѣтъ владѣнія?

Другое рѣшеніе касается пріобрѣтенія клада, подъ которымъ слѣдуетъ разумѣть всякую, когда бы то ни было и гдѣ бы то ни было спрятанную вещь (Савиньи, стр. 229). Мнѣнія римскихъ юристовъ относительно условій пріобрѣтенія владѣнія въ данномъ случаѣ раздѣлились: одни, болѣе старые, признавали владѣніе за владѣльцемъ земли, на которой зарытъ кладъ, съ того самаго момента, какъ онъ (владѣлецъ) узналъ объ этомъ; большинство же (и это мнѣніе было одобрено Юстиніаномъ) допускало владѣніе лишь подъ тѣмъ условіемъ, что „si ipsius rei supra terram possessionem adeptus fuissem" или „si loco motus sit" [163]). Если l. 3 § 3 de poss., гдѣ мы встрѣчаемъ эту послѣднюю фразу, приводитъ въ видѣ основанія: „quia non sit sub custodia nostra", то очевидно, что собственникъ земли, пока не вырылъ клада, не можетъ непосредственно воздѣйствовать на него, распоряжаться имъ. Спрашивается, не въ такомъ ли точно положеніи нахожусь и я относительно вещи, которую принесли безъ меня въ мой домъ, или дичи, которая попала въ мой силокъ? Если все зависитъ отъ увѣренности въ физическомъ господствѣ, то въ зарытомъ кладѣ я долженъ бы, кажется, быть увѣренъ не меньше, чѣмъ въ домашней custodia. Савиньи находитъ впрочемъ, что домашняя custodia — „совершенно особаго рода custodia, возможная только въ домѣ", и въ приложеніи къ шестому изданію, вопреки совершенно общимъ рѣшеніямъ римскихъ юристовъ, признаетъ возникновеніе владѣнія кладомъ, зарытымъ въ самомъ домѣ, съ момента, какъ объ этомъ узналъ хозяинъ. Не входя здѣсь непосредственно въ разборъ тѣхъ положительныхъ данныхъ, на которыхъ покоится рѣшеніе римскихъ юристовъ (см. ниже XII), не могу

---

[163]) l. 3 § 3, l. 44 pr. de poss. (41.2), l. 15 ad. exh. (10.4).

однако скрыть вопросъ, возникающій въ моемъ умѣ — почему высокая, недоступная садовая стѣна не въ силахъ дать мнѣ относительно клада, зарытаго въ саду, того же „сознанія физическаго господства“, что̀ и пребываніе вещи во время моего отсутствія на открытомъ дворѣ или въ незапертой передней моего дома [164])?

Если мы сдѣлаемъ общій обзоръ всѣмъ фактамъ, которые я до сихъ поръ привелъ, то увидимъ, что Савиньи далеко не удалось согласить ихъ со своей теоріей пріобрѣтенія. Если онъ тѣмъ не менѣе убѣжденъ въ противномъ и вся наша новѣйшая юриспруденція раздѣляетъ съ нимъ это убѣжденіе, то только благодаря тому обстоятельству, что онъ частью игнорируетъ свое же собственное опредѣленіе, гдѣ оно ему мѣшаетъ, частью не входитъ въ дальнѣйшій разборъ нѣкоторыхъ изъ приведенныхъ мною фактовъ. По моему, одно изъ двухъ: либо Савиньи правъ, основывая понятіе пріобрѣтенія на „физической возможности непосредственно воздѣйствовать на вещь“ — тогда я понимаю, почему ключи отъ магазина не создаютъ для меня владѣнія магазиномъ и почему, владѣя землей, я не владѣю кладомъ; но въ такомъ случаѣ я не понимаю:

1) какъ Савиньи можетъ признавать за мною владѣніе кладомъ, задѣланнымъ въ стѣну моего дома, когда непосредственное съ моей стороны воздѣйствіе на него невозможно, пока я не разрушу стѣны;

2) какъ въ мое отсутствіе можетъ для меня возникнуть владѣніе изъ одного того, что вещь была принесена въ мой домъ въ то время, когда я находился, можетъ быть, за сотни верстъ отъ дому, или

3) изъ того, что дичь попала въ разставленные по лѣсу силки и капканы; и наконецъ,

4) почему я не пріобрѣтаю владѣнія медомъ, который я нашелъ у себя въ деревѣ.

---

[164]) Говоря о потерѣ владѣнія (стр. 340, 341) и имѣя въ виду слова l. 44 pr. de poss.: „custodiae causa“, Савиньи высказываетъ ту мысль, что̀ для продолженія владѣнія — безразлично, будетъ-ли вещь сохранена въ домѣ или зарыта въ полѣ, „потому что особыя мѣры, принятыя для ея сохраненія (custodia), даютъ хозяину возможность послѣ найти ее“; въ выноскѣ онъ прибавляетъ: „таковъ общій смыслъ custodia, разныя же ея степени сопровождаются разными послѣдствіями: отъ пріобрѣтенія владѣнія до его потери“. Въ концѣ концовъ выходитъ, что custodia простирается и на садъ!

Либо возможности непосредственнаго, т. е. немедленнаго, личнаго воздѣйствія не требуется, а достаточно вѣрнаго господства надъ вещью, тѣмъ или другимъ способомъ пріобрѣтеннаго,—тогда я понимаю 1, 2 и 3 случаи, но не понимаю, почему бы мнѣ не быть владѣльцемъ клада, зарытаго на моей землѣ, и почему съ ключами не переходитъ ко мнѣ владѣніе кладовою или домомъ; 4 случай, какъ тутъ, такъ и тамъ, остается для меня загадкой.

Словомъ, теорія Савиньи о пріобрѣтеніи владѣнія наталкивается на очевидныя противорѣчія: одинъ разъ присутствіе требуется, другой разъ—оно не требуется; разъ довольно имѣть увѣренность въ физическомъ господствѣ, другой разъ—этого мало. Аргументація Савиньи мѣняется, смотря по конкретнымъ рѣшеніямъ, которыя онъ толкуетъ; принимаясь за слѣдующее, онъ забываетъ, что сказалъ о предъидущемъ. Отсюда происходитъ то, что для опроверженія Савиньи можно пользоваться его же собственными доводами: хочу я, положимъ, доказать, что передача ключей должна создавать владѣніе магазиномъ — я беру его опредѣленіе custodia (стр. 227), согласно которому именно увѣренность въ господствѣ создаетъ владѣніе; наоборотъ—хочу я доказать, что custodia не можетъ создать владѣнія — беру его выводы относительно клада (стр. 237), гдѣ онъ говоритъ, что собственникъ земли — не владѣлецъ клада, „такъ какъ очень легко можетъ случиться, что не онъ самъ, а кто-нибудь другой найдетъ кладъ, и тогда значитъ послѣдній ни на минуту не былъ во власти собственника". Кладъ зарытъ въ землѣ, его не видно, а пачка книгъ, принесенная мнѣ изъ лавки, лежитъ у меня въ передней,—и тутъ, и тамъ меня могутъ опередить въ отношеніи физическаго захвата; гдѣ опасность больше? Кто безпристрастно взвѣситъ обстоятельства, тотъ не затруднится отвѣтомъ. Да и самъ Савиньи плохо, какъ видно, вѣритъ въ опасность въ первомъ случаѣ, потому что въ ученіи о потерѣ владѣнія зарытіе клада является у него какъ „custodia, т.-е. какъ особая мѣра, которая принимается въ видахъ сохраненія вещи и даетъ владѣльцу возможность найти вещь впослѣдствіи" (прим. 164).

Обратимся къ потерѣ владѣнія. Формула, которую выводитъ для нея Савиньи, на мой взглядъ, такъ же неудачна, какъ и предъидущая — для пріобрѣтенія. Владѣніе продол-

жается по Савиньи до тѣхъ поръ, пока существуетъ возможность произвольнаго воспроизведенія первоначальнаго состоянія; когда, стало быть, эта возможность переходитъ въ невозможность—наступаетъ потеря владѣнія (стр. 339).

Разберемъ эту мысль подробнѣе. Если наша теорія усвоила ее себѣ безъ оглядки и критики, то я могу объяснить это только тѣмъ, что она чувствовала себя внѣ возможности создать что-нибудь лучшее и потому старательно избѣгала колебать то, что̀ уже было. Я, съ моей стороны, не знаю во всемъ правѣ ни одной идеи, которая до такой степени, какъ эта, противилась бы всякому серьезному примѣненію.

Итакъ, потеря владѣнія зависитъ отъ возможности или невозможности произвольнаго воспроизведенія первоначальнаго состоянія. Что значитъ произвольное воспроизведеніе? Значитъ-ли это, что оно не должно встрѣчать на своемъ пути никакихъ препятствій? Судя по слову „произвольный" или „по произволу", такъ и должно бы быть, потому что если мнѣ предстоитъ напередъ преодолѣть препятствіе, сломать постороннее сопротивленіе, то результатъ зависитъ не отъ одной моей „воли", не отъ одного моего „произвола", а также и отъ отношенія той силы, которою я располагаю, къ тѣмъ препятствіямъ, которыя я встрѣчаю на пути. Савиньи умолчалъ объ этомъ вопросѣ, такъ что намъ остается почерпнуть представленіе, какое онъ соединялъ со своимъ понятіемъ, изъ тѣхъ отдѣльныхъ случаевъ, гдѣ онъ примѣняетъ послѣднее. Вещь отнята у меня воровски или грабительски; потерялъ-ли я владѣніе? Да, „здѣсь прекращеніе нашего собственнаго господства очевидно" (стр. 340). То же самое слѣдовало бы сказать и о томъ случаѣ, „когда наша земля захвачена въ наше отсутствіе такимъ лицомъ, которое силой можетъ воспрепятствовать нашему возвращенію, такъ какъ съ этого момента мы точно такъ же лишены возможности физически воздѣйствовать на вещь, какъ и въ предъидущемъ случаѣ; но здѣсь общее правило терпитъ замѣчательное исключеніе" (стр. 348).

Оставимъ въ сторонѣ вопросъ о томъ, не имѣемъ-ли мы тутъ дѣла съ такого рода случаями, гдѣ владѣльцу немного стоило бы труда возвратить себѣ вещь — обстоятельство, которому однако Цельзъ въ l. 18 § 3 h. t.

non desisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus simulatque sciero,

приписываетъ рѣшающее значеніе и которое для самого Савиньи, должно быть, осталось не совсѣмъ чуждо, если по поводу захвата земли онъ дѣлаетъ на счетъ этого обстоятельства такого рода оговорку: другое лицо „можетъ силою воспрепятствовать нашему возвращенію" (кто знаетъ, можетъ-ли оно, а если и можетъ, то захочетъ-ли?); оставимъ, говорю я, все это въ сторонѣ и положимъ, что всякое возникающее передъ нами препятствіе влечетъ за собою потерю владѣнія. Теперь я потребую только послѣдовательности. Мостъ, который ведетъ на нашу землю, разрушенъ; впредь до его починки доступъ туда для насъ загражденъ совершенно; спрашиваю, продолжается-ли владѣніе? Да, отвѣчаетъ Савиньи, „само собою понятно, что такое временное препятствіе не лишаетъ насъ владѣнія" (стр. 340, прим. 3). Откуда „само собою понятно" — я постигнуть не въ силахъ [165]). На самомъ дѣлѣ, если временной характеръ препятствія, являясь нежданно-негаданно существеннымъ моментомъ для опредѣленія понятія, долженъ имѣть такое рѣшающее значеніе, то не исключается-ли, спрашиваю я, этимъ временнымъ препятствіемъ возможность произвольнаго воспроизведенія первоначальнаго состоянія хотя на время? А разъ владѣніе хотя на время прервано—продолженіе его кончилось, позднѣйшее владѣніе уже не прежнее, а новое. Въ этомъ я сошлюсь на самого Савиньи. „Владѣніе теряется просто animo, если владѣлецъ захочетъ въ какой-нибудь моментъ отказаться отъ владѣнія, такъ какъ съ этого момента воспроизведеніе первоначальной воли, въ виду противоположнаго рѣшенія, становится безусловно невозможнымъ. Поэтому, если прежній владѣлецъ, спустя нѣкоторое время, вновь захочетъ, то ему предстоитъ пріобрѣсти новое владѣніе, такъ какъ прежнее существовать перестало" (стр. 355). Я не стану пока вдаваться въ критику этого взгляда, онъ послужитъ мнѣ только иллюстраціей къ вопросу, поставленному выше, а

---

165) Савиньи не замѣчаетъ, что̀ этому противорѣчатъ l. 30 § 3 de poss. (41.2): item quod mari aut flumine occupatum sit, possidere non desinimus, и l. 3 § 17: desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit (и не сказано, на долго или не на долго, а кто можетъ это знать напередъ?).

именно: неужели препятствіе, которое владѣлецъ самъ себѣ создалъ перемѣной намѣреній, продолжительнѣе препятствія, созданнаго явленіемъ природы, которое разрушило мостъ? Съ новой перемѣной намѣреній первое препятствіе падаетъ, а разрушенный мостъ долго можетъ ждать окончанія починки, да кто знаетъ, позволитъ-ли еще чинить его владѣлецъ или тотъ, кому онъ принадлежитъ. Но положимъ, что временное препятствіе не влечетъ за собою потери владѣнія; какъ же рѣшить вопросъ о временности даннаго препятствія? Рѣшается-ли оно по данному моменту или по результату? Если по первому, то я спрошу опять: что для меня легче, починить-ли мостъ или взять бревна и доски, которыя мой сосѣдъ воровскимъ образомъ утащилъ на свой дворъ, или голубей, которыхъ онъ заперъ въ своей голубятнѣ? Въ послѣднемъ случаѣ мнѣ, пожалуй, и незачѣмъ будетъ прибѣгать къ самовольной расправѣ—сосѣдъ, узнавъ, что я обо всемъ провѣдалъ, съ готовностью, вѣроятно, согласится возвратить взятое, лишь бы не навлечь на себя жалобы въ судъ. А если и не согласится, такъ развѣ я, въ виду исхода жалобы, не могу себѣ сказать: препятствіе, которое мой сосѣдъ ставитъ моему владѣнію, временно? Или опять все зависитъ отъ исхода? Но тогда уже исходъ въ обоихъ случаяхъ долженъ рѣшать дѣло: если я, по прошествіи нѣсколькихъ дней, получаю украденныя у меня вещи обратно, то по условію выходитъ, что я никогда и не терялъ владѣнія; если я долго не починяю моста, то, наоборотъ, я теряю владѣніе.

„Если мѣстонахожденіе вещи становится для насъ совершенно недоступно", то это должно влечь за собою, по мнѣнію Савиньи (с. 340), потерю владѣнія. Онъ ссылается здѣсь на l. 13 pr. de poss. (41.2), гдѣ юристъ, говоря о „lapides in Tiberim demersi naufragio et post tempus extracti", высказываетъ такого рода мнѣніе: „dominium me retinere puto. possessionem non puto. Мотивируя мой собственный взглядъ (XIII), я буду имѣть случай выставить въ надлежащемъ свѣтѣ смыслъ прибавки: „post. tempus", которой Савиньи не придаетъ никакого значенія. Но помимо этого, развѣ русло Тибра было „совершенно недоступно"? Лучшимъ доказательствомъ противнаго можетъ служить то, что камни „post tempus" были вытащены. Но для этого, скажутъ, не-

обходимы были искусственныя подготовительныя работы! А развѣ для починки провалившагося моста онѣ не нужны?

Если кто-либо у себя въ домѣ такъ запрячетъ вещь, что не будетъ въ состояніи ее найти, то владѣніе, какъ извѣстно, продолжается. Савиньи старается мотивировать это положеніе тѣмъ, „что специальныя мѣры, принятыя для сохраненія вещи, даютъ владѣльцу возможность найти ее впослѣдствіи“ (стр 341). Но что общаго имѣетъ, спрашиваю я опять, возможность немедленнаго воспрозведенія первоначальнаго состоянія съ возможностью найти вещь впослѣдстви?

Если возьмемъ отдаленные участки земли, лѣтнія и зимнія пастбища, которыми мы пользуемся только періодически и которыя лежатъ, можетъ быть, въ нѣсколькихъ дняхъ пути отъ мѣста жительства владѣльца, то и на нихъ продолжается владѣніе независимо отъ чьего бы то ни было присутствія. Самъ Савиньи дѣлаетъ уступку, говоря, что „здѣсь физическая возможность произвольнаго воздѣйствія переходитъ, правда, въ возможность болѣе отдаленную, но вообще не теряется“ (стр. 348). Если „отдаленной“ возможности, обусловленной нѣсколькими днями пути, достаточно, то почему ея недостаточно для того, напр., случая, когда заблудилось домашнее животное (стр. 342) или когда я потерялъ портфель въ лѣсу? (стр. 340). Вѣдь мнѣ легче послать людей на поиски за портфелемъ или животнымъ, чѣмъ совершить путешествіе на отдаленный участокъ земли.

Если владѣлецъ лишается разсудка, то владѣніе его отъ этого не страдаетъ [156]); выше (125 стр.) мы показали, какимъ практическимъ мотивомъ вызвано было подобное правило. Слѣдовало бы, кажется, ожидать, что Савиньи отмѣтитъ это положеніе, какъ нѣчто особенное, непримиримое съ его формулой, ибо относительно помѣшаннаго можетъ-ли быть рѣчь о возможности произвольнаго воспроизведенія первоначальной владѣльческой воли? Но формула и тутъ выказываетъ свою замѣчательную уступчивость и гибкость. „Такъ какъ невозможность имѣть опредѣленное желаніе относительно владѣнія въ данномъ случаѣ чисто субъективна и случайна, то забудетъ-ли владѣлецъ на время о своемъ владѣніи или

---

166) l. 27 h. t. l. 4 § 3, l 31 § 4 de usurp. (41,3).

лишится разсудка—существенной разницы въ отношеніи къ вещи мы не замѣтимъ". Передъ нами—новый важный признакъ для отрицательнаго опредѣленія понятія „невозможность": ни „преходящая", ни „случайная и субъективная" невозможность не идутъ въ счетъ. Но можетъ-ли невозможность, коренящаяся въ animus, быть несубъективной? Развѣ рѣшимость не владѣть впредь не субъективна? А этотъ признакъ случайности! — Что же, смерть человѣка менѣе случайна, чѣмъ умопомѣшательство? Въ первомъ случаѣ, владѣніе прекращается, во второмъ—оно продолжается, а воли нѣтъ ни тутъ, ни тамъ. Да гдѣ наконецъ сказано, что случайныя обстоятельства не въ силахъ прервать владѣніе? Развѣ это не случай, если я теряю вещь или птица улетаетъ у меня изъ клѣтки? Если Савиньи считаетъ себя вправѣ дѣлать умозаключеніе отъ случая, когда владѣлецъ забылъ о своемъ владѣніи, къ случаю, когда онъ лишился разсудка, то съ такимъ же точно правомъ изъ того, что владѣніе не прекращается, когда вещь долго пропадаетъ, можно, пожалуй, вывести, что оно продолжается и тогда, когда вещь потеряна совершенно.

Въ дальнѣйшихъ примѣрахъ нѣтъ нужды. И эти достаточно показываетъ, что Савиньи не былъ въ состояніи провести имъ же самимъ выставленную идею. Что ни шагъ— ограниченія, неточности, противорѣчія и постоянныя діалектическія увертки, казуистика и діалектика минуты, діалектика, которая въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ установляетъ такіе существенные признаки, о которыхъ при обоснованіи и установкѣ самаго понятія и рѣчи не было, діалектика, что говорится—„на всѣ руки"; что нужно доказать въ данную минуту—она вамъ докажетъ, но еще минута — и она ужъ забыла свои слова.

Савиньи не можетъ взвалить на римскихъ юристовъ отвѣтственность за свою формулу. Это доказывается весьма просто. По Савиньи выходитъ, что владѣніемъ заправляетъ законъ инертной силы, иными словами—пока дана простая возможность воспроизводить первоначальное состояніе—владѣніе продолжается, хотя бы эта возможность и не осуществлялась; какой-нибудь предметъ, брошенный мною въ лѣсу, отдаленный участокъ земли, котораго я никогда не воздѣлываю, никогда не посѣщаю—остаются въ моемъ

владѣніи, хотя бы такой порядокъ вещей продолжался цѣлые полъ-вѣка. Подобный выводъ до того явно противорѣчитъ естественному смыслу владѣльческаго отношенія, что долженъ бы, кажется, смутить сторонниковъ Савиньи, долженъ бы обратить ихъ вниманіе на тѣ мѣста источниковъ, гдѣ говорится совершенно обратное. Но, проникнутые непоколебимой вѣрой въ свою аксіому, они не только проходятъ съ закрытыми глазами мимо текстовъ, но простираютъ еще свой фанатизмъ до того, что навязываютъ законъ инертной силы даже quasi-владѣнію.

Частымъ осуществленіемъ права на проѣздъ через сосѣднюю землю кто-нибудь пріобрѣтаетъ quasi-владѣніе на это право и затѣмъ не пользуется имъ 10, 20, 30 лѣтъ; что̀ дѣлается съ quasi-владѣніемъ? Оно преспокойно продолжается, потому что возможность воспроизведенія первоначальнаго состоянія, т.-е. проѣздъ, остается по прежнему, открытымъ. Такъ учитъ Савиньи, отсылая насъ (стр. 481) къ тому самому принципу, который онъ считаетъ доказаннымъ для владѣнія на вещи и который, по его взгляду, заправляетъ въ то же время и quasi-владѣніемъ на личные сервитуты. „Продолженіе этого, какъ и всякаго другаго рода владѣнія, зависитъ отъ непрерывной возможности воспроизводить первоначальное состояніе; съ потерей этой возможности теряется и самое владѣніе“ (стр. 474). Но тутъ возникаетъ такого рода вопросъ: десятилѣтнее „non-usus“ лишаетъ насъ права на сервитутъ—что̀ дѣлается съ владѣніемъ, когда самый сервитутъ потерялъ такимъ образомъ силу? Савиньи полагаетъ, что въ подобномъ случаѣ „владѣніе должно считаться потеряннымъ за все время non-usus, хотя бы воспроизведеніе и было возможно“.

Странный видъ принимаетъ владѣніе въ этотъ промежутокъ времени! Если quasi-владѣлецъ вспомнилъ въ послѣдній день десятаго года о своемъ сервитутѣ и воспользовался имъ, то онъ всѣ эти годы имѣлъ владѣніе; если не вспомнилъ—то не имѣлъ владѣнія и прежде. Значитъ, владѣніе, фактическую природу котораго самъ Савиньи въ другомъ мѣстѣ подчеркиваетъ до такой степени, что, напр., владѣніе пріобрѣтенное negot. gestor'омъ, признаетъ возникнувшимъ лишь съ момента ратигабиціи, въ виду того, что „обратное дѣйствіе, свойственное актамъ собственно юридическимъ,

немыслимо, конечно, относительно владѣнія“ (стр. 316)— получаетъ тутъ обратную силу; „во все продолженіе non-usus участь владѣнія состоитъ in suspenso, и только съ возобновленіемъ usus или съ окончаніемъ всего срока можно сказать, продолжалось-ли оно все это время или нѣтъ (стр. 475). Пухта [167]), который во всемъ остальномъ раздѣляетъ мнѣніе Савиньи [168]), совершенно справедливо высказывается противъ этого, говоря, что подобная гипотеза совершенно произвольна и могла бы оказаться вѣрною лишь тогда, когда владѣніе было бы до того тѣсно связано съ существованіемъ права, что не могло бы продолжаться безъ послѣдняго; между тѣмъ владѣлецъ можетъ остаться владѣльцемъ и послѣ того, какъ право потеряло для него свою силу. Основываясь на этомъ, Пухта допускаетъ продолженіе владѣнія и послѣ того, какъ сервитутъ вслѣдствіе non usus палъ, но, поставивъ вопросъ, какими слѣдствіями сопровождается подобное владѣніе, тутъ же отвѣчаетъ, что—никакими, такъ какъ оба слѣдствія владѣнія: и пріобрѣтеніе по давности, и интердикты предполагаютъ пользованіе сервитутомъ со стороны quasi-владѣльца, первое—пользо-

---

167) Въ своей статьѣ о владѣніи—въ Rechtslexicon Weiske, II, стр. 72.

168) Стр. 71 тамъ же: „значитъ, quasi-владѣніе теряется не вслѣдствіе неиспользованія, а вслѣдствіе невозможности для владѣльца вновь начать осуществленіе своего права. Авторъ недавно вышедшаго весьма почтеннаго сочиненія о владѣніи, Ранда (Der Besitz nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts и т. д., Лейпцигъ, 1867, стр. 348 сл.) сталъ по этому вопросу на сторону Пухты, не побоявшись вывода, который мы сдѣлали въ текстѣ. По его мнѣнію, достаточно одного акта во всѣ 30 лѣтъ давности, чтобы владѣніе не было потеряно (стр. 350); если за все это время ни разу не представится случай воспользоваться сервитутомъ, то и этотъ одинъ актъ не необходимъ (стр. 352).—Брунсъ (Besitz, стр. 475) тоже примыкаетъ къ этому мнѣнію. Онъ говоритъ, что выдавать quasi-владѣніе за осуществленіе сервитутовъ — „такая же ошибка, какъ выдавать владѣніе вещами за осуществленіе собственности. Положительныя права требуютъ осуществленія только для пріобрѣтенія владѣнія, а разъ владѣніе такимъ осуществленіемъ пріобрѣтено, оно продолжается, пока продолжается желаніе и фактическая возможность осуществлять по произволу это владѣніе“. Сторонники разсматриваемаго взгляда совершенно упускаютъ изъ виду, что понятіе quasi- или juris-possessio было лишь отвлеченіемъ юристовъ, тогда какъ преторскій эдиктъ, которымъ мы въ данномъ вопросѣ должны руководиться исключительно, всегда употреблялъ, говоря о quasi-владѣльческихъ интердиктахъ, — выраженіе „usus es“.

ваніе постоянное, второе—пользованіе впродолженіи извѣстнаго времени до возникновенія иска. „Слѣдовательно, продолжаетъ онъ, здѣсь остается въ силѣ то правило, что quasi-владѣніе можетъ продолжаться и безъ фактическаго осуществленія, но возникнуть безъ него не можетъ. Впрочемъ, правило это практическаго значенія не имѣетъ, такъ какъ оба слѣдствія владѣнія требуютъ не одного существованія владѣнія in abstracto (!), но и осуществленія его на дѣлѣ". Право, никогда мнѣ не приходилось встрѣчать ложнаго мнѣнія, которое бы съ такой невозмутимой наивностью само себѣ наносило смертельный ударъ! Владѣнію недостаетъ двухъ единственныхъ слѣдствій, которыя придаютъ ему правовое значеніе, а оно продолжается in abstracto! Почему и долго-ли длится такое безрезультатное владѣніе?—Почему? Да потому, что оно не смѣетъ прекратиться въ виду теоретической формулы. Долго-ли? — Пока живъ владѣлецъ, а, стало быть, для юридическаго лица вѣчно!

Но предоставимъ вѣчности это владѣніе, для подлуннаго міра ничуть не важное! Тамъ, можетъ быть, и тѣмъ дано будетъ уразумѣть in abstracto существующее владѣніе, которые тутъ, на землѣ, видятъ въ немъ просто-на просто плодъ той фальшивой діалектики, которая, совершенно упуская изъ виду практическія цѣли и интересы права, напоминаетъ собою средневѣковую схоластику. Глубоко - поучительно однако это Пухтовское открытіе; въ моихъ глазахъ ему и цѣны нѣтъ: оно открываетъ намъ глаза на ту пропасть, которая ждетъ всякаго, кто позволитъ себѣ увлечься представленіемъ о самостоятельной роли владѣнія; онъ начнетъ съ апріорно построенной идеи владѣнія и окончитъ владѣніемъ въ идеѣ!

Но вернемся къ владѣнію вещами и спросимъ. чѣмъ отличается отъ quasi-владѣнія безъ пользованія такое владѣніе вещью, которое продолжается безъ всякаго держанія—напр., владѣніе вещью, которую я оставилъ въ лѣсу и потомъ забылъ о ней („забылъ на долгое время",—Савиньи, стр. 354). Оно точно такъ же продолжается только потому, что не должно, по теоріи, прекратиться; оно также — „владѣніе абстрактное", котораго никто не видитъ, которое никому не приноситъ пользы, о которомъ никто, даже самъ владѣлецъ, не догадывается. Оно только и держится, что мнимымъ

„закономъ инертной силы", по которому владѣніе должно продолжаться до тѣхъ поръ, пока въ данномъ состояніи не произойдетъ такая перемѣна, которая возможность произвольно воспроизводить первоначальное отношеніе—обратитъ въ невозможность. Что подобный законъ совершенно чуждъ римскому праву—это будетъ показано ниже.

Удобна однако эта теорія инертной силы — удобна для владѣльца, который можетъ сидѣть, сложа руки, въ полной увѣренности, что и со страшнаго суда онъ вернется на землю владѣльцемъ, если только захватитъ съ собою въ вѣчность свою владѣльческую волю и если за это время во внѣшнемъ порядкѣ вещей ничего не измѣнится; удобна и для судьи, которому она даетъ готовую мѣрку, весьма легкій способъ, не ломая головы, опредѣлять данное положеніе владѣнія: если владѣніе актомъ in contrarium не прекращено, то оно продолжается; дѣло владѣльца — доказать, что оно возникло, дѣло его противника — доказать, что оно этимъ путемъ прекратилось. Такимъ образомъ устраняется всякій поводъ къ тому тщательному изученію владѣльческаго отношенія, котораго требуетъ отъ судьи моя теорія; двѣ постоянныя крайнія точки, опредѣляя собою начало и конецъ владѣнія, дѣлаютъ всякое изслѣдованіе со стороны судьи относительно его продолженія излишнимъ.

Однако удобство этой теоріи не даетъ ей еще права на практическое и научное значеніе. Въ противномъ случаѣ наукѣ пришлось бы усвоить и ту идею средневѣковыхъ юристовъ, что неудобное и неопредѣленное понятіе обычнаго права можно сдѣлать гораздо сподручнѣе, стоитъ только выставить условіемъ послѣдняго опредѣленное число случаевъ и лѣтъ; я говорю—пришлось бы усвоить потому, что несравненно легче мѣрить обычное право аршиномъ, чѣмъ додумываться до его внутренняго смысла. Но не всюду удается приложить этотъ аршинъ; его не приложишь къ тѣмъ понятіямъ, которыя основаны не на единичномъ актѣ, а на продолжающемся состояніи, каковы обычное право и владѣніе. Въ обоихъ дѣло идетъ о реальности: въ первомъ—о реальности правоположенія, во второмъ—правоотношенія; ни тутъ, ни тамъ мы не избѣгнемъ необходимости оперировать не по шаблонной мѣркѣ, а на основаніи критическаго изученія предмета, если только не пожелаемъ устано-

вить внѣшнее механическое правило въ ущербъ самой идеѣ института.

Намъ предстоитъ теперь найти и основать нашъ критерій.

XI.

3. Владѣніе, какъ реальность собственности.

Подъ реальностью собственности я разумѣю то нормальное внѣшнее состояніе вещи, въ которомъ она удовлетворяетъ своему экономическому назначенію — назначенію служить человѣку. Состояніе это, смотря по роду вещи принимаетъ различный внѣшній видъ: для однихъ вещей оно совпадаетъ съ держаніемъ или физическимъ обладаніемъ, для другихъ— нѣтъ. Однѣ вещи принято держать подъ личнымъ или реальнымъ надзоромъ, другія принято оставлять безъ охраны и присмотра [169]). Поселянинъ оставляетъ въ открытомъ полѣ копны сѣна и снопы хлѣба, архитекторъ — строительный матеріалъ на мѣстѣ стройки, но никто не дѣлаетъ ничего подобнаго съ своими цѣнностями, со своею мебелью и т. д.— всякій хранитъ ихъ у себя въ домѣ. Положеніе, для первыхъ вещей нормальное, оказывается, такимъ образомъ, для вторыхъ—ненормальнымъ, т.-е. такимъ, въ формѣ котораго не принято выражать собственность на эти вещи; отсюда по нашей теоріи, если только она вѣрна, слѣдуетъ, что въ первомъ случаѣ владѣніе должно продолжаться, во второмъ— оно должно пасть. Кто найдетъ въ названномъ положеніи вещь первой категоріи, долженъ будетъ думать, что она занимаетъ его по волѣ владѣльца; но онъ выведетъ совершенно обратное заключеніе, увидѣвъ среди той же обстановки вещь второй категоріи; захватывая находку съ собою съ цѣлью возвратить ее хозяину, онъ, въ первомъ случаѣ, нарушаетъ очевидную для него чужую волю, во второмъ—напротивъ,

169) Противоположность та же, что и между римскими servi custodiri soliti и non soliti; о послѣднихъ см. l. 18 pr. Commod. (13.6), J. 23 de R. I. (50,17).

дѣлаетъ владѣльцу одолженіе. Такимъ образомъ, юридическій характеръ отношенія, въ которомъ вещь стоитъ къ своему собственнику, въ обоихъ случаяхъ очевиденъ — невладѣніе такъ же очевидно, какъ и владѣніе. Эта очевидность и важна главнымъ образомъ для безопасности владѣнія, такъ какъ послѣдняя покоится далеко не на одномъ физическомъ моментѣ, не на однихъ мѣрахъ, принятыхъ для ея защиты, но въ то же время и на моментѣ нравственномъ или правовомъ, т.-е. той боязни нарушить чужія права, которая имѣетъ своимъ источникомъ правовое сознаніе или законъ. Если я, проходя мимо чужихъ сѣтей, разставленныхъ въ лѣсу, не присвоиваю попавшихъ въ нихъ дроздовъ, то меня удерживаетъ не физическая, а нравственная сила — уваженіе къ чужой собственности. Вора, правда, этимъ не удержишь, но отъ вора не всегда уберегаютъ насъ и стѣны, и замки, и засовы; изъ опыта извѣстно, что больше крадутъ вещей, состоящихъ in custodia, чѣмъ всякихъ другихъ.

Такова вкратцѣ сущность моей теоріи. Теперь я постараюсь доказать и развить ее, ведя изложеніе въ формѣ отдѣльныхъ тезисовъ, чтó значительно облегчитъ читателю критику моего взгляда.

1. Римское право нерѣдко признаетъ владѣніе въ такихъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ ни личнаго надзора за вещью, ни реальныхъ мѣръ, направленныхъ къ ея безопасности.

Положеніе не нуждается въ доказательствахъ. Знакомому съ владѣльческой теоріей не трудно будетъ вспомнить примѣры владѣнія отдаленнымъ участкомъ земли или saltus hiberni et aestivi; изъ движимыхъ вещей я назову рабовъ и дичь, попавшую въ капканъ охотника (l. 55 de A. R. D. 41.1). Если владѣніе на дичь пріобрѣтается въ отсутствіи охотника, то, очевидно, владѣніе силками и капканами продолжается въ его отсутствіе.

2. Продолженіе это, съ точки зрѣнія теоріи физическаго господства, необъяснимо.

Я думаю, понятно само собою, что о физическомъ господствѣ можно говорить только тогда, когда мы либо находимся у самой вещи, либо такъ охраняемъ ее, что̀ первому встрѣчному не удастся подойти и взять ее. Я имѣю физическую власть надъ отдаленнымъ моимъ участкомъ, пока я при немъ или на немъ; разъ я удалился—власть кончилась,

я ужъ никому не могу помѣшать ступить на мою землю; говорить въ подобномъ случаѣ о физической власти значитъ просто-напросто злоупотреблять словами. Въ чемъ же она выражается? Ровно ни въ чемъ. Это—физическая власть, надъ которой смѣются зайцы, уплетая капусту въ моемъ огородѣ, и хохочутъ дѣти, валяясь на моемъ сѣнѣ. Она—то же, что и Пухтовское quasi-владѣніе „in abstracto": физическая власть безъ всякой физической оболочки (реальности)—простая тѣнь на стѣнѣ.

3. Принципъ возможности произвольнаго воспроизведенія первоначальнаго состоянія не въ силахъ оправдать предположеніе физической власти въ подобныхъ случаяхъ.

Вопервыхъ, не вѣрно, будто эта возможность есть всюду, гдѣ римское право допускаетъ продолженіе владѣнія; вспомнимъ горныя пастбища (saltus aestivi): къ осени владѣлецъ оставляетъ ихъ, а за попытку воспроизвести свою власть надъ ними зимою онъ можетъ, иной разъ, поплатиться жизнью. Да наконецъ, при чемъ тутъ возможность предстоящаго воспроизведенія, если спрашивается, имѣю ли я физическую власть надъ вещью въ настоящее время? Если моя печка холодна, я могу ее затопить во всякое время; но все же, пока она холодна, я не скажу, что она тепла; возможность и дѣйствительность—не одно и то же.

4. Возможность эта, поскольку она на самомъ дѣлѣ существуетъ, основана не на физическомъ, а на правовомъ и нравственномъ элементахъ владѣнія.

Въ первой части этого положенія я касаюсь взгляда, который хотя и не былъ высказанъ научно, тѣмъ не менѣе, (а, быть можетъ, именно потому, что не былъ высказанъ)—сильно способствовалъ, какъ я думаю, развитію той ошибки, противъ которой я возстаю. Онъ справедливъ еще до нѣкоторой степени относительно тѣхъ вещей, за которыми владѣлецъ имѣетъ личный или реальный присмотръ (custodia), но и тутъ справедливость его ограничена. Не однимъ стѣнамъ, замкамъ и запорамъ, кассамъ, да карманамъ обязанъ я безопасностью моего движимаго имущества; къ этимъ внѣшнимъ преградамъ, которыя я ставлю чужой алчности, присоединяются преграды невидимыя, которыми окружаютъ мое право правовой порядокъ, развитое въ народѣ право-

вое сознаніе, боязнь быть уличеннымъ и наказаннымъ за воровство. Немногія статьи уголовнаго свода о воровствѣ, грабежѣ, самоуправствѣ значатъ больше, чѣмъ всѣ эти механическія мѣры безопасности; представьте себѣ, что закона нѣтъ, и тогда увидите, какъ мало значатъ послѣднія.

Не только въ приведенныхъ выше случаяхъ, но и въ большинствѣ тѣхъ, которые будутъ приведены ниже, безопасность владѣнія покоится исключительно на нравственныхъ и правовыхъ гарантіяхъ. Если землевладѣлецъ можетъ быть почти увѣренъ, что никто не воспользуется его отсутствіемъ и не присвоитъ себѣ его владѣнія, то чему обязанъ онъ, если не дѣйствительности названныхъ гарантій? Не физическая власть, а именно онѣ гарантируютъ за нимъ ту возможность произвольно воспроизводить первоначальное состояніе, о которой говоритъ Савиньи; безъ нихъ его увѣренность въ такой возможности была бы такъ же мало основательна, какъ и надежда выиграть главный выигрышъ въ лоттерею; иными словами, это была бы возможность отвлеченная—первый встрѣчный положилъ бы ей конецъ. Трудно было допустить во владѣльческой теоріи ошибку болѣе опасную, болѣе гибельную по своимъ послѣдствіямъ, какъ основавъ безопасность владѣнія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самое владѣніе на идеѣ механической охраны, на идеѣ физическаго господства. Въ сущности же безопасность владѣнія покоится на правовой защитѣ, даруемой правоотношенію человѣка къ вещи.

5. Вопросъ о томъ, съ какимъ внѣшнимъ отношеніемъ законодателю надлежитъ связывать эту защиту, рѣшается на почвѣ практическихъ соображеній жизни.

Изъ теоріи моихъ противниковъ вытекаетъ для законодателя совѣтъ—руководиться при созданіи института владѣнія исключительно той идеей, что физическая власть человѣка надъ вещью заслуживаетъ правовой защиты; но въ такомъ случаѣ законодателю, равно какъ и юриспруденціи, не предстояло бы ничего больше, какъ только опредѣлить возможно точно понятіе физическаго господства и тѣ случаи, въ какихъ оно должно предполагаться. Римское право видимо пренебрегло подобнымъ совѣтомъ, если установило владѣніе въ такихъ случаяхъ, гдѣ этого условія нѣтъ вовсе [170]).

[170]) Кромѣ случаевъ, указанныхъ въ 1 положеніи, я приведу еще пріобрѣ-

Но разъ законодатель взялъ за исходный пунктъ идею, развитую нами,—идею довершенія владѣніемъ защиты собственности, вопросъ о томъ, гдѣ дать защиту владѣнія, становится въ зависимость не отъ лингвистическихъ изысканій относительно слова „владѣніе", а отъ интересовъ института собственности, и весь вопросъ о владѣніи и владѣльческой защитѣ сводится, какъ мы уже замѣтили выше, къ слѣдующему: не тамъ дается защита, гдѣ есть владѣніе въ смыслѣ обыденной рѣчи, а, напротивъ, мы, юристы, называемъ владѣніемъ такое отношеніе, которому дана защита, безъ отношенія къ тому, называется-ли оно такъ или нѣтъ разговорною рѣчью.

Итакъ, интересы собственности опредѣляютъ собою владѣльческую защиту, а вмѣстѣ съ тѣмъ и понятіе „владѣніе"; гдѣ въ виду соображеній практическаго свойства требуется дать защиту, тамъ состояніе вещи должно быть названо на юридическомъ языкѣ владѣніемъ, хотя бы оно (какъ, напр., въ случаѣ побѣга раба) и не заключало въ себѣ рѣшительно ничего владѣльческаго въ обыкновенномъ смыслѣ этого слова.

6. Интересы собственности говорятъ противъ того, чтобы понятіе „владѣніе" было ограничено физическимъ господствомъ надъ вещью.

Для массы вещей осуществленіе собственности черезъ реальное пользованіе вещью вовсе не связано съ условіемъ личнаго или реальнаго присмотра; ихъ экономическое назначеніе или ихъ природныя свойства нерѣдко исключаютъ всякую охрану или присмотръ. Крестьянинъ не можетъ обнести свои луга и пашни стѣною для того, чтобы оградить свою землю отъ воздѣйствій третьяго лица; онъ не можетъ приставить караульщиковъ къ своему сѣну, къ своей жатвѣ, что̀ сохнутъ на полѣ, къ своему скоту, что́ пасется на его выгонѣ. Осенью горный пастухъ покидаетъ пастбища въ горахъ, хозяинъ гостинницы, построенной на вершинѣ Альпъ, покидаетъ свою лѣтнюю гостинницу, владѣлецъ лѣтней дачи покидаетъ свою дачу — и никто изъ

теніе отцомъ владѣнія на peculium сына, о существованіи котораго онъ и не знаетъ, l. 4 de poss. (41.1).... quamvis ignoret in sua potestate filium. Amplius etiam si filius ad alio tanquam servus possideatur.

нихъ не ставитъ сторожа стеречь домъ и то, что̀ осталось въ послѣднемъ изъ движимости [171]).

Мало-ли промысловъ, требующихъ именно того, чтобы орудія, которыми производится промыселъ, лежали на открытомъ мѣстѣ, безъ присмотра. Охотникъ оставляетъ въ лѣсу свои ловушки, силки и западни, а дровосѣкъ—дрова; рыбакъ оставляетъ свой неводъ въ рѣкѣ, каменоломъ—каменья въ каменоломнѣ, рудокопъ—бурый каменный уголь и т. п. въ шахтѣ, архитекторъ — строительный матеріалъ на мѣстѣ стройки, корабельщикъ выгружаетъ на складочномъ мѣстѣ песокъ, каменья, дрова и никого не ставитъ на стражѣ; сколько разъ зимуютъ въ гавани корабли, экипажъ которыхъ разошелся по домамъ, сколько разъ приходится видѣть у берега лодку, которая такъ слабо привязана, что отвязать ее не стоитъ ровно никакого труда [171a]). Въ большинствѣ подобныхъ случаевъ, требованіе особой custodia для охраны владѣнія повело бы только къ тому, что всякій скорѣе бы совсѣмъ отказался отъ владѣльческой защиты, чѣмъ сталъ бы ее обезпечивать за собою мѣрами въ высшей степени обременительными, дорого стоющими, а подчасъ, на практикѣ, и вовсе неисполнимыми. Предписавъ подобныя мѣры, законодатель все равно, что отказалъ бы этимъ отношеніямъ во владѣльческой защитѣ. На какомъ основаніи?—А просто изъ любви къ той idée fixe, что владѣніе есть реальное обладаніе.

Но идея эта безусловно ложна. Единственное практически-годное опредѣленіе владѣнія таково:

7. Владѣніе вещами есть реальность собственности.

Только оно одно въ силахъ воспроизвесть то полное совпаденіе между собственностью и владѣніемъ, котораго тре-

---

171) Баронъ (Jahrb. VII, стр. 144) льститъ себя надеждой, что̀ въ лѣтнихъ дачахъ онъ открылъ „новый изъ нашего времени примѣръ", аналогичный saltus aestivi et hiberni. Но этотъ „новый" примѣръ приведенъ еще у Теофила, IV, 15 § 5 (προάστεια, suburbana).

171a) Довольно и этихъ примѣровъ, чтобъ доказать несостоятельность мнѣнія Барона, который въ моихъ Jahrbücher, VII, № 2, сдѣлалъ попытку объяснить продолженіе владѣнія помощью custodia. Его „объективная" custodia, которую будто бы сама земля даетъ владѣльцу на всѣ вещи, на ней находящіяся, не въ состояніи сыграть даже роли пугала — пугало хоть воробьевъ пугаетъ, а эта земельная custodia не испугаетъ и воробья. Совершенно противоположное мнѣніе см. у Ad. Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht, Вѣна 1867, стр. 109 сл.

буютъ интересы гражданскаго оборота. Владѣніе, понимаемое такимъ образомъ, всюду раздѣляетъ экономическую судьбу собственности и собственника; пока онъ пользуется вещью согласно съ ея назначеніемъ, нечего бояться, что право оставитъ его безъ владѣльческой защиты.

8. Внѣшняя форма этой реальности опредѣляется, смотря по роду вещи, различно.

Теорія владѣнія, подобно общепринятой, упускающая изъ виду то вліяніе, которое оказываетъ родъ вещи на внѣшній видъ владѣльческаго отношенія, и установляющая для всѣхъ вещей одну формулу—заранѣе ложна; она ведетъ къ совершенно нелѣпымъ результатамъ. Если я удерживаю владѣніе на навозъ или глину, которые я велѣлъ свезти на мое поле и оставилъ тамъ на всю зиму, то по этой теоріи я долженъ удержать владѣніе и на сундуки, ящики и шкатулки, съ которыми я сдѣлалъ то же самое,—воспроизведеніе первоначальнаго отношенія, т.-е. прогулка въ поле ничуть не труднѣе во второмъ случаѣ, чѣмъ въ первомъ. А если я теряю владѣніе на ящики и шкатулки въ виду того, что не имѣю уже ихъ подъ своею custodia, то то же самое, по названной теоріи, должно бы случиться и относительно навоза и глины.

Римское право признало для многихъ случаевъ то вліяніе, которое оказывается экономическимъ характеромъ вещи на внѣшній видъ владѣльческаго отношенія. Такъ, оно признало его относительно saltus hiberni et aestivi [172]), относительно рабовъ [173]), животныхъ [174]) и въ самой общей формѣ относительно разницы между вещами движимыми и недвижимыми [175]). Римское право становилось при этомъ, очевидно, на ту же точку зрѣнія, какую предлагаемъ и мы. Обыкновенная форма, въ какой собственникъ осуществляетъ свою собственность, для saltus aestivi et hiberni состоитъ въ томъ, что онъ періодически то пользуется ими, то оставляетъ; для рабовъ—въ томъ, что онъ не стѣсняетъ ихъ личную свободу (поскольку они не даютъ повода къ недовѣрію), посылаетъ ихъ даже въ путешествія и поручаетъ

---

172) l. 3 § 11 de poss. (41.2).... quamvis certis temporibus eos relinquamus.
173) l. 3 § 13 ibid. excepto homine l. 13 pr. ibid.
174) l. 3 § 13—16 ibid.
175) l. 3 § 13 cit res mobiles.

вести въ дальнихъ краяхъ разнаго рода дѣла [176]); для домашнихъ и прирученныхъ дикихъ животныхъ — въ томъ, что онъ держитъ ихъ у себя на волѣ [177]). Для большинства же движимыхъ вещей форма эта состоитъ, напротивъ, въ томъ, что собственникъ бережетъ ихъ у себя въ домѣ; эту то категорію вещей и имѣетъ въ виду Цельзій, установляя въ l. 3 § 13 cit. слѣдующее правило: „res mobiles escepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri".

Чтò это правило не относится къ тѣмъ вещамъ, относительно которыхъ custodia въ послѣднемъ смыслѣ не употребительна, на это указываетъ примѣръ дичи, пойманной въ капканъ (l. 55 de A. R. D.). Если безъ custodia возникаетъ владѣніе на дичь, то тѣмъ болѣе должно оно продолжаться и на нее, и на самый капканъ. Если не теряется тотчасъ же владѣніе вещами, которыя упали въ воду [178]), то тѣмъ болѣе не должно теряться владѣніе строительными матеріалами, которые лежатъ на мѣстѣ стройки безъ непосредственнаго съ моей стороны присмотра. Итакъ, нѣтъ, по моему, ни малѣйшаго сомнѣнія, что во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ (стр. 149) мы имѣемъ дѣло съ продолженнымъ владѣніемъ, не смотря на то, чтò вещь находится внѣ всякаго присмотра.

Въ виду этого мы можемъ сказать, чтò

9. вопросъ о существованіи владѣнія есть вопросъ чисто практическій, вопросъ обыденной жизни.

Чтобъ рѣшить его, достаточно знать, какъ обыкновенно ведетъ себя собственникъ относительно даннаго рода вещей. Помощью моей теоріи подобный вопросъ рѣшитъ любой крестьянинъ или горожанинъ; помощью теоріи Савиньи его не рѣшитъ и юристъ, такъ какъ точка зрѣнія, на которую онъ долженъ стать для этой цѣли—возможность или невозможность произвольнаго воспроизведенія первоначальнаго состоянія—до того, какъ мы доказали выше (стр. 134 и сл.), неопредѣленна и растяжима, чтò самъ авторъ не съумѣлъ установить ее, какъ слѣдуетъ. Съ подобной точки зрѣнія докажешь, чтò угодно.

Съ порядкомъ владѣнія, который мы рекомендуемъ, связана, слѣдовательно,

---

176) l. 1 § 14 h. t. quos in provincia habemus.

177) l. 4, l. 5 § 5, 6 de A. R. D. (41.1), l. 3 § 13, 16 cit.

178) l. 13 pr. h. t. см. XIII.

10. большая выгода для третьихъ лицъ, которыя всегда могутъ узнать, существуетъ-ли еще данное владѣльческое отношеніе или оно уже прекратилось.

Вещь сама заявляетъ о своемъ владѣльческомъ отношеніи тѣмъ положеніемъ, въ которомъ она находится. Если положеніе для нея нормально, то всякій, кто ее въ немъ увидитъ, будетъ знать, что данная обстановка не просто случайна, а преднамѣренна, что именно среди этой обстановки вещь выполняетъ свое экономическое назначеніе, служитъ своему собственнику. Если же положеніе ея будетъ ненормально, то всякій изъ этого заключитъ, что она изъята изъ пользованія своего собственника, что собственническое отношеніе фактически нарушено. Матеріалъ на мѣстѣ стройки говоритъ мнѣ, что онъ у кого-то во владѣніи; если матеріалъ принесло ко мнѣ рѣкой, то это прямо свидѣтельствуетъ, что всякое владѣніе на него прекратилось. Силки и капканы въ лѣсу говорятъ мнѣ, что они разставлены тутъ по волѣ хозяина, а часы, валяющіеся тутъ же, говорятъ о себѣ совершенно обратное. Помощью теоріи Савиньи, третье лицо въ большинствѣ случаѣвъ не въ силахъ будетъ уяснить себѣ вопроса, существуетъ-ли еще на данную вещь владѣніе или нѣтъ, ибо почемъ оно знаетъ, въ состояніи-ли собственникъ „воспроизвести первоначальное отношеніе", близко-ли, далеко-ли этотъ собственникъ, уѣхалъ-ли, сбѣжалъ-ли, боленъ-ли, или, наконецъ, умеръ, а между тѣмъ необходимо умѣть рѣшить этотъ вопросъ, такъ какъ

11. отъ очевидности владѣльческаго отношенія или отъ конкретной возможности распознать его зависитъ главнымъ образомъ его безопасность.

Это свойство владѣнія, нисколько не вліяя на поведеніе вора, имѣетъ рѣшительное вліяніе на поведеніе людей честныхъ. Честные люди не тронутъ дичи, но возьмутъ валяющіеся часы, чтобы вручить ихъ настоящему собственнику. Поэтому я вправѣ считать воромъ того, кого поймаю съ моею дичью въ рукахъ, такъ какъ захватъ дичи можно объяснить только преднамѣреннымъ желаніемъ присвоить ее себѣ, но я не вправѣ считать воромъ того, кто поднялъ мои часы, такъ какъ его поступокъ допускаетъ два толкованія, а которое изъ нихъ вѣрно—это ужъ покажетъ дальнѣйшее поведеніе нашедшаго. Вообще я думаю, что только

моя теорія способна дать намъ твердую точку опоры для рѣшенія столь важнаго вопроса, какъ преднамѣренность въ кражѣ; отъ теоріи же Савиньи напрасно стали бы мы ожидать помощи.

Этимъ я заканчиваю разборъ внѣшней стороны владѣнія или такъ-наз. corpus. Мнѣ слѣдовало бы теперь показать, что и со стороны другаго своего элемента, animus, владѣніе совпадаетъ съ реальностью собственности, но я ограничусь на этотъ разъ только первой частью вопроса—прежде всего на томъ основаніи, что критика такъ-называемаго animus domini, какъ я уже сказалъ, составитъ у меня предметъ особой, третьей части моего изслѣдованія. Да и не будь этого обстоятельства—я не сталъ бы вдаваться въ подробности, такъ какъ правильность моего взгляда и съ этой стороны до того ясна и очевидна, что самъ Савиньи засвидѣтельствовалъ ее своей формулой, по которой владѣльческая воля есть aminus domini, а свидѣтельство Савиньи тѣмъ болѣе вѣско, что формула эта плохо вяжется съ тѣмъ опредѣленіемъ, которое онъ самъ далъ владѣнію. На самомъ дѣлѣ, если владѣніе — физическое господство надъ вещью, то какъ владѣльческая воля можетъ опредѣляться не однимъ этимъ понятіемъ, а еще понятіемъ собственности? Непослѣдовательность, которою грѣшитъ въ данномъ случаѣ Савиньи, показываетъ, насколько внутренняя логика вещей помѣшала ему остаться чуждымъ нашей точкѣ зрѣнія, уклониться отъ нея.

Итакъ, да будетъ мнѣ позволено безъ дальнѣйшихъ объясненій присоединить къ предъидущимъ моимъ тезисамъ еще слѣдующій:

> 12. Противоположность между animus possidendi и alieno nomine detinendi становится вполнѣ понятной лишь съ точки зрѣнія реальности собственности.

Сводя всѣ выводы въ одно, мы получимъ, что опредѣленіе, которое я далъ владѣнію, оправдывается на всѣхъ пунктахъ: оно оправдывается со стороны своей законодательной правильности и необходимости, со стороны своей практической удобопримѣнимости и, наконецъ, со стороны согласія съ римскимъ правомъ. Все, что только есть въ послѣднемъ по этому предмету: владѣльческіе иски, условія неправоспособности лицъ и вещей, параллелизмъ между собствен-

ностью и владѣніемъ, опредѣленія для corpus и animus—все это тяготитъ къ собственности, какъ къ своему невидимому центру. А разъ мы усвоили этотъ фактъ и согласно ему опредѣлили владѣніе вещами, какъ реальность собственности—мы открываемъ внутреннюю связь между владѣніемъ вещами и владѣніемъ правами, мы открываетъ то высшее понятіе владѣнія, которому оба эти рода подчинены какъ виды,—словомъ, для насъ становится ясно, что

13. владѣніе есть реальность правъ.

Къ понятію „осуществленіе собственности" прибѣгаетъ, по неволѣ, и теорія физическаго господства, дѣлая переходъ отъ владѣнія вещами къ владѣнію правами (Савиньи, стр. 192). Но вмѣсто того, чтобъ предложить себѣ ближайшій вопросъ, совпадаютъ-ли такія два понятія, какъ физическое господство надъ вещью и осуществленіе собственности, вмѣсто того, чтобы отдать себѣ отчетъ, почему во владѣніи вещами осуществленіе права связано съ физическимъ господствомъ, а въ quasi-владѣніи несомнѣнно нѣтъ — теорія Савиньи спѣшитъ пройти мимо этой богатой мысли: послѣдняя является въ ней на сцену только за тѣмъ, чтобъ сыграть свою минутную роль и тотчасъ же опять исчезнуть. Мало того, - предубѣжденіе, что̀ сущность владѣнія заключается въ физическомъ господствѣ, доходитъ у Савиньи до того, что̀ онъ (стр. 193) оспариваетъ у quasi-владѣнія право на имя владѣнія и въ однородности терминовъ—первомъ признакѣ, что̀ юридическое отвлеченное мышленіе сознало внутреннюю однородность понятій,—хочетъ видѣть просто duram necessitatem, вызванную бѣдностью языка, какъ будто Римлянамъ трудно было дополнить какою-нибудь приставкой терминъ, которымъ пользовались въ подобныхъ случаяхъ quasi-владѣльческіе интердикты („usus es") и, напр., въ видѣ „usus juris", примѣнить его къ quasi-владѣнію! Если римская юриспруденція отмѣтила реальность сервитутнаго отношенія словомъ „juris possessio", то это, на мой взглядъ, какъ нельзя болѣе доказываетъ, что то, что̀ она разумѣла подъ „possessio proprietatis", ничуть не мѣшало распространить терминъ и на сервитуты, т.-е. что это была не физическая власть, а реальность собственности.

Дальнѣйшая наша задача будетъ состоять въ провѣркѣ выведеннаго принципа на ученіи о пріобрѣтеніи и потерѣ

владѣнія. Но передъ этимъ да будетъ мнѣ позволено привести одно общее мѣсто изъ нашихъ источниковъ, которое послужитъ заразъ и заключеніемъ для всего предъидущаго и эпиграфомъ для послѣдующаго; на доказательную силу такихъ общихъ мѣстъ я разсчитываю весьма мало и хочу привести одно изъ нихъ только за тѣмъ, чтобы показать, какъ формулировалась вся моя владѣльческая теорія въ источникахъ. Я говорю объ изрѣченіи l. 2 Cod. de poss. (3.32)... cum ipse proponas te diu in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse. Я самъ не съумѣлъ бы передать по латыни мой принципъ реальности лучше того, какъ онъ переданъ въ словахъ:

Omnia ut dominum gessisse.

XII.

4. Теорія реальности собственности въ примѣненіи къ пріобрѣтенію владѣнія.

Вопросъ о возникновеніи несравненно менѣе важенъ для владѣнія, чѣмъ для собственности. Для послѣдней онъ вполнѣ совпадаетъ съ вопросомъ о существованіи: чтобы доказать собственность, достаточно привести мотивъ ея возникновенія; для владѣнія же этого нѣтъ, ибо тамъ, гдѣ все дѣло въ фактическомъ состояніи, гдѣ требуется доказать фактическое состояніе какъ таковое, было бы безцѣльно восходить до момента его возникновенія. Если однако и для владѣнія поднимаютъ вопросъ о возникновеніи, то это дѣлается частью ради интереса, который связанъ съ начальнымъ моментомъ владѣнія (давность), частью ради того, что перемѣщеніемъ доказательствъ на моментъ возникновенія иной разъ значительно облегчается доказываніе самаго бытія владѣнія. И въ нынѣшней нашей практикѣ соблюдается тотъ принципъ, который засвидѣтельствованъ Павломъ для практики римской, Sent. Rec. V. 11 § 2: sufficit ad proba-

tionem (traditae possessionis), si rem corporaliter teneam. Чтобы доказать, что я владѣю моимъ домомъ, моимъ скотомъ и т. д., мнѣ не зачѣмъ доказывать, что я пріобрѣлъ владѣніе—очевидность говоритъ за то, что я владѣлецъ; тоже самое и относительно поля, которое я воздѣлывалъ. Но что мнѣ дѣлать въ томъ случаѣ, если рѣчь зайдетъ о владѣніи на землю, которую я купилъ прошлой зимой и не успѣлъ еще вспахать? Какъ тутъ доказать бытіе владѣнія? Очевидно, исходъ одинъ — направить доказательство на актъ пріобрѣтенія.

Выше (стр. 152) мы видѣли, что очевидность владѣнія рѣшающимъ образомъ вліяетъ на его безопасность. Къ этой-то очевидности и должно быть сведено, по моему, все ученіе о пріобрѣтеніи владѣнія: собственникъ вещи долженъ быть очевиденъ, omnia ut dominum fecisse oportet.

Какъ же становится онъ очевиднымъ? Основывать пріобрѣтеніе владѣнія на одномъ актѣ вступленія во владѣніе—чистая ошибка; кто поставилъ бы такимъ образомъ дѣло, тому пришлось бы либо признать присутствіе владѣльца при вещи условіемъ неизбѣжнымъ, либо, недолго думая, пройти вопросъ молчаніемъ, какъ это и сдѣлалъ Савиньи (см. выше, стр. 130). Фабрикантъ кирпичей доставилъ по моему требованію заказанный ему кирпичъ на то мѣсто, гдѣ я строю домъ, продавецъ навоза доставилъ извѣстное количество послѣдняго на мое поле, садовникъ привезъ деревца въ мой садъ; нужно-ли мнѣ, для того, чтобы пріобрѣсть владѣніе, сначала видѣть вещи? Вовсе нѣтъ, точно такъ же, какъ и бочку вина, которую безъ меня поставили въ мой погребъ, или пачку книгъ, которую оставили у меня въ передней [179]). Или, быть можетъ, то, что l. 18 § 2 de poss. (41.2) и l. 9 § 3 d. J. D. (23.3) говорятъ о доставкѣ на домъ (in mea domo deponere,—inferantur in domum ejus), относится только къ дому, но не ко двору, саду, мѣсту стройки и т. д.? Чтобы пріобрѣсти владѣніе на яицы, положенныя моими курами, или на птенцовъ, которые вышли изъ яицъ, долженъ-ли я предварительно видѣть эти яицы и этихъ птенцовъ?

---

[179]) *Exner*, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, Вѣна 1867, стр. 92, приводитъ еще одинъ примѣръ: кружку, выставленную въ публичномъ мѣстѣ для сбора подаяній.

Заставлять владѣльца во всѣхъ подобныхъ случаяхъ для пріобрѣтенія владѣнія предварительно отправляться къ вещи—было бы безцѣльной формальностью, ибо для пріобрѣтенія владѣнія не требуется взятіе вещи, и брошенный на нее взглядъ нисколько не измѣнитъ ея положенія. И по одному этому положенію любое третье лицо узнаетъ во владѣльцѣ фактическаго собственника.

Слѣдовательно, во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ, равно какъ и въ случаѣ поимки дичи или рыбы помощію разставленныхъ сѣтей или капкановъ (стр. 131), или въ случаѣ пріобрѣтенія хозяиномъ стада владѣнія и собственности на головы, замѣненныя узуфруктуаромъ [180]), владѣніе возникаетъ помимо присутствія и помимо вступленія владѣльца въ обладаніе вещью, при условіи существованія съ его стороны воли, направленной на пріобрѣтеніе. Нужно-ли предварительно доказывать эту волю? Конечно, нѣтъ. Само фактическое отношеніе заключаетъ уже въ себѣ презумпцію владѣльческой воли, „sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam"; дѣло противника—указать, что воли не было и представить этому доводы. Въ виду предъидущихъ моихъ выводовъ я не стану входить въ подробное изслѣдованіе той внутренней связи, которая существуетъ между родомъ пріобрѣтаемой вещи и способомъ ея пріобрѣтенія. На навозъ, привезенный безъ меня на мое поле, я тотчасъ же пріобрѣтаю владѣніе, но не пріобрѣтаю послѣдняго на бочку вина, которую я, по своему безразсудству, велѣлъ поставить тамъ же. Охотникъ становится владѣльцемъ дичи, но никакъ не носоваго платка, который случайно тоже попалъ въ его капканъ, и изъ того, что я пріобрѣтаю владѣніе на предметы неодушевленные, оставленные въ передней моего дома, вовсе не слѣдуетъ, что то же случится относительно канарейки или обезьяны, которую посыльный принесъ ко мнѣ на домъ, и, видя, что отдать ее некому, отпустилъ въ передней на свободу. Положеніе вещи, которое создаетъ мое владѣніе, должно быть такимъ, въ какомъ мы привыкли видѣть въ жизни вещи даннаго рода.

Если теперь мы обратимся къ пріобрѣтенію, которое совершается посредствомъ личнаго вступленія во владѣніе,

---

[180]) l. 69 de usufr. (7.1) substituta statim domini fiunt.

то увидимъ, что идея физическаго господства, къ которой все сводится у Савиньи, и моя идея реальности собственности—нисколько не противорѣчатъ одна другой. Можно-ли чѣмъ яснѣе засвидѣтельствовать свою собственническую волю, сдѣлать реальность собственности очевиднѣе, какъ подчинивъ вещь своей физической власти? Но на дѣлѣ физической власти оказывается мало: есть такіе случаи, гдѣ власть эта на лицо, а владѣніе не признается, или опять такіе, гдѣ ея нѣтъ, а владѣніе все-таки считается пріобрѣтеннымъ. Наслѣдникъ узнаетъ изъ бумагъ наслѣдодателя, что послѣдній въ опредѣленномъ мѣстѣ дома, занимаемаго наслѣдникомъ, зарылъ кладъ. Онъ отправляется на это мѣсто и констатируетъ совпаденіе его признаковъ съ описаніемъ, которое оставилъ наслѣдодатель. Пріобрѣлъ-ли онъ владѣніе кладомъ? Савиньи (см. выше, стр. 132), равно какъ и нѣкоторые римскіе юристы изъ числа наиболѣе раннихъ рѣшаютъ вопросъ утвердительно; новѣйшая же юриспруденція отвѣчаетъ на него отрицательно и требуетъ для пріобрѣтенія владѣнія „loco movere“ [181]). Почему?—Quia, отвѣчаетъ Сабинъ, non sit sub custodia. Подъ „custodia“ онъ не могъ разумѣть физическую власть, потому что въ ней недостатка тутъ нѣтъ,—по Папиніану (l. 44), собственникъ именно и зарываетъ кладъ „custodiae causa“, т.-е. для большей физической безопасности; если же чего недостаетъ въ приведенномъ случаѣ, такъ это—физическаго отношенія, въ которое поставилъ бы себя къ вещи всякій, кто дѣйствительно хотѣлъ бы ее присвоить; „loco movere“ и свидѣтельствуетъ въ подобныхъ случаяхъ о собственнической волѣ, оно-то и есть „omnia ut dominum fecisse“ въ примѣненіи къ пріобрѣтенію вещи. Возьмемъ другой случай. Кто-нибудь находитъ на полѣ вещь, но взять ее сейчасъ ему неудобно и онъ рѣшаетъ прійти за нею послѣ, между тѣмъ кто-нибудь другой предупреждаетъ его въ этомъ. Кто изъ нихъ пріобрѣлъ владѣніе? По моей теоріи—только послѣдній, ибо физическая власть перваго надъ вещью длилась всего одинъ моментъ, и хотя, по Савиньи, этого обстоятельства достаточно, чтобы создать для него владѣніе, которое затѣмъ продолжалось бы въ силу одной возможности

---

181) l. 3 § 3, l. 44 pr. de poss. (41.2), l. 15 ad. exh. (10.4).

произвольнаго воспроизведенія—я, съ своей стороны, владѣнія за нимъ не признаю, такъ какъ онъ не сдѣлалъ того, что̀ сдѣлалъ бы на его мѣстѣ всякій, кто придавалъ бы хоть какую-нибудь цѣну найденной вещи. Рой чужихъ пчелъ помѣстился на моемъ деревѣ, а кто-нибудь посторонній завладѣлъ и пчелами, и медомъ (см. выше, стр. 132); совершилъ-ли онъ кражу? Нѣтъ, отвѣчаетъ юристъ въ l. 5 § 2, 3 de A. R. D. (41 1). Относительно пчелъ есть еще нѣкоторыя основанія не признавать за мною физической власти, такъ какъ пчелы могутъ во всякое время улетѣть опять, но соты сидятъ на деревѣ крѣпко; если и на нихъ не признается за мною владѣніе, то причина этому можетъ быть только одна, именно, что я не поступилъ такъ, какъ не преминулъ бы поступить собственникъ, еслибы придавалъ этимъ сотамъ какую-нибудь цѣну, т.-е. не взялъ ихъ къ себѣ на домъ. Вещи, принадлежащія моему сосѣду, упали въ мой садъ или на мой дворъ; имѣю-ли я на нихъ владѣніе? Физическая власть у меня есть, а такъ какъ я знаю, въ какомъ положеніи находятся вещи, и позволяю имъ оставаться въ немъ, то надо думать, что у меня есть и воля; однако l. 5 § 5 ad exh. (10.4) не признаетъ владѣнія за мною. Почему? Остается повторить прежній отвѣтъ: потому, что я не обнаружилъ желанія присвоить себѣ вещи; перенеси я ихъ въ мой сарай, я пріобрѣлъ бы владѣніе.

Резюмируя все сказанное, мы приходимъ къ выводу, что̀ идея физическаго господства въ примѣненіи къ пріобрѣтенію владѣнія не выдерживаетъ критики ни въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ пріобрѣтеніе совершается помимо присутствія владѣльца и безъ всякой съ его стороны власти, ни въ тѣхъ, гдѣ существованіе физической власти должно бы влечь, но не влечетъ за собою—пріобрѣтенія. Вмѣсто физическаго господства, мы предлагаемъ точку зрѣнія болѣе цѣлесообразную, именно то, что̀ можно назвать фактическимъ засвидѣтельствованіемъ собственническихъ притязаній. Съ нашей точки зрѣнія, тотъ становится владѣльцемъ, кто либо самъ придастъ, либо велитъ придать вещи такое положеніе, какое соотвѣтствуетъ собственности, и тѣмъ самымъ заявитъ себя въ качествѣ лица, притязающаго на собственность. Посмотримъ, удастся-ли намъ примѣнить сказанное къ остальнымъ случаямъ пріобрѣтенія.

Для большинства вещей положеніе это совпадаетъ съ физическимъ обладаніемъ: движимыя вещи обыкновенно держатъ при себѣ или въ своемъ домѣ, домъ занимаютъ подъ квартиру, такъ что уже самое установленіе подобныхъ отношеній къ вещи свидѣтельствуетъ о желаніи быть собственникомъ, актъ же вступленія—не больше, какъ первый моментъ этихъ отношеній. Но есть вещи, относительно которыхъ такого рода вступленіе во владѣніе совершенно невозможно. Именно, всѣ недвижимыя вещи, лежащія на открытомъ мѣстѣ: поля, пастбища, луга, озера, мѣста строекъ—не поддаются такому физическому обладанію или, говоря словами Савиньи, такому „физическому господству"; собственность на нихъ выражается не въ состояніи самой вещи, а въ отдѣльныхъ, періодически повторяющихся дѣйствіяхъ владѣльца. Собственникъ поля узнается изъ того, что онъ пашетъ и сѣетъ, собственникъ луга—изъ того, что онъ собираетъ сѣно и т. д., такъ что, собственно говоря, для пріобрѣтенія владѣнія здѣсь слѣдовало бы требовать непрерывнаго совершенія сказанныхъ дѣйствій. Если право этого не требуетъ, если оно довольствуется, вмѣсто реальнаго владѣльческаго дѣйствія, дѣйствіемъ, направленнымъ на засвидѣтельствованіе одного юридическаго притязанія, то нельзя не признать такого порядка необходимымъ; но въ то же время нельзя не видѣть, что съ пріобрѣтеніемъ владѣнія тутъ происходитъ нѣчто особенное. Покупатель поля или лѣса вступаетъ во владѣніе; что онъ для этого дѣлаетъ? Отправляется одинъ или съ продавцемъ въ мѣстонахожденіе вещи. А дальше что? Если онъ въ состояніи видѣть, то осматриваетъ землю, если слѣпъ, то и осмотръ для него невозможенъ, и онъ возвращается домой съ сознаніемъ, что пріобрѣлъ черезъ это, какъ гласитъ теорія юристовъ, физическое господство надъ землей. Но будь это такъ, то же самое должно бы случиться и тогда, когда кто-нибудь другой совершилъ бы подобную прогулку съ цѣлью присвоить себѣ владѣніе. Однако для этого „другаго" ни прогулка, ни осмотръ не сопровождаются ни малѣйшими послѣдствіями. Сравните это для контраста съ пріобрѣтеніемъ владѣнія на движимыя вещи. Тѣмъ самымъ актомъ взятія, которымъ создаетъ для себя владѣніе движимыми вещами покупатель, съ полнымъ успѣ-

хомъ пользуются для той же цѣли воръ и разбойникъ. Откуда же разница въ этомъ отношеніи между движимыми и недвижимыми вещами? Если говорятъ, что по отношенію къ недвижимымъ вещамъ dejectio владѣльца въ его отсутствіе невозможна, а новое владѣніе не можетъ возникнуть, пока длится прежнее, то этимъ ничуть не выясняютъ дѣла, ибо почему владѣніе для недвижимыхъ вещей должно продолжаться, а для движимыхъ—нѣтъ? Если присутствія на данномъ участкѣ, соединеннаго съ намѣреніемъ вступить во владѣніе,—вообще достаточно, чтобы создать физическое господство, а вмѣстѣ съ тѣмъ и владѣніе, то почему его достаточно только для покупателя, но не для неправомѣрнаго пріобрѣтателя? Мы придемъ къ удовлетворительному рѣшенію вопроса лишь тогда, когда откровенно сознаемся, что актъ присутствія вовсе не создаетъ физической власти надъ объектомъ, а служитъ лишь для того, чтобъ засвидѣтельствовать совершающійся, по обоюдному согласію, переходъ владѣнія или собственности. Чего не достаетъ этому акту со стороны реальной силы и дѣйствительности, иными словами, со стороны физическаго завладѣнія вещью,—то пополняется юридическими обстоятельствами, его сопровождающими [181a]). Въ нихъ заключается вся сила акта; отбросьте ихъ—останется одна прогулка [181b]). Думать, что только эта послѣдняя можетъ свидѣтельствовать о желаніи

[181a]) Таковъ смыслъ словъ Ульпіана въ l. 34 pr. h. t.: animo acquiri possessio potest. т.-е. пріобрѣтеніе владѣнія основываются здѣсь не на физической власти, а на юридическомъ актѣ, почему l. 26 Cod. de donat. (8.54) и признаетъ возможнымъ даже дареніе земли ребенку въ лицѣ его раба: omne jus compleat instrumentis ante praemissis. То же различіе, должно быть, имѣетъ въ виду и l. 10 Cod. de poss. (7.32), говоря: duplicem esse rationem possessionis, aliam quae jure consistit, aliam quae corpore.

[181b]) Примѣняя это соображеніе къ случаю ошибки относительно объекта, я прихожу къ тому выводу, что ошибка исключаетъ переходъ владѣнія только для недвижимыхъ вещей, но никакъ не для движимыхъ; первое прямо признано закономъ 34 pr. h. t., относительно послѣдняго я не знаю положительнаго свидѣтельства. Смѣшивать эти два случая было бы такъ же ошибочно, какъ, напр., примѣнять къ пріобрѣтенію движимыхъ вещей — правила, относящіяся къ одностороннему пріобрѣтенію недвижимыхъ,—или наоборотъ. Относительно движимостей дѣло всегда рѣшается физическимъ присвоеніемъ, соединеннымъ съ владѣльческой волей, независимо отъ воли прежняго владѣльца; относительно же недвижимостей—неполнота физическаго присвоенія дѣлаетъ необходимымъ участіе прежняго владѣльца.

вступить во владѣніе—чистый предразсудокъ; для ея роли одинаково годится всякій другой актъ и только необходимость имѣть внѣшнее мѣрило вступленія во владѣніе подняла прогулку на степень акта, свидѣтельствующаго о владѣльческой волѣ. Всюду вступленіе во владѣніе есть реальный актъ, цѣль котораго—дѣйствительная передача вещи въ руки получателя,—здѣсь же оно не больше, какъ простая формальность. Хотѣлъ бы я знать, какая для покупателя разница, заявитъ-ли онъ передъ судомъ или передъ нотаріусомъ и свидѣтелями о своемъ желаніи вступить въ данный моментъ во владѣніе полемъ, которое ему уступаетъ продавецъ, — или отправится сначала осматривать землю, что́ онъ, вѣроятно, сдѣлалъ еще до покупки? Безопасность его владѣнія отъ этого ничуть не выиграетъ, ибо она покоится не на его прогулкѣ, а на слѣдующихъ двухъ обстоятельствахъ: вопервыхъ, на томъ, что прежній собственникъ заявилъ, что переноситъ на него свои права, вовторыхъ, на томъ, что третьи лица, которыя знаютъ, что не они собственники даннаго участка земли, привыкли уважать владѣніе собственника [182]). А если имъ или продавцу чуждо уваженіе къ чужой собственности, то покупателя не оградитъ ни прогулка, ни нотаріальный актъ.

Итакъ, результатъ моихъ выводовъ будетъ состоять въ слѣдующемъ: относительно извѣстнаго рода недвижимыхъ вещей, вступленіе во владѣніе никоимъ образомъ не можетъ создать физическую власть надъ вещью и вовсе для этого не предназначено, но имѣетъ своею единственной цѣлью,—засвидѣтельствовать волю сторонъ относительно перехода владѣнія. Какъ бы мы ни опредѣлили влад-

[182]) Точно такъ же объясняется и l. 30 §5 h. t.: quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere; retinere enim animo possumus, apisci non possumus. Для меня не совсѣмъ ясно, почему въ виду извѣстныхъ принциповъ относительно пріобрѣтенія владѣнія черезъ представителей, нельзя допустить, чтобы обязательство фермера владѣть за хозяина могло создать владѣніе для наслѣдника (Савиньи, стр. 313)? По моей теоріи, рѣшеніе юриста объясняется весьма просто: для того, чтобы на наслѣдника смотрѣли, какъ на фактическаго собственника, т.-е., какъ на владѣльца,—ему необходимо заявить себя передъ фермеромъ въ качествѣ новаго собственника, а фермеру необходимо признать въ немъ таковаго. И то, и другое можно сдѣлать безо всякихъ поѣздокъ, просто обмѣнявшись письмами а для послѣдняго довольно и одного молчанія со стороны фермера.

ніе, въ смыслѣ-ли физическаго господства или въ смыслѣ реальности собственности — вступленіе во владѣніе всегда останется актомъ чисто формальнымъ, ничуть не важнѣе прогулки тяжущихся въ древне-римскомъ виндикаціонномъ процессѣ,—актомъ, который безъ всякаго ущерба для дѣла можно замѣнить любымъ другимъ, мало того—передъ которымъ всякій другой актъ, способный придать дѣлу желательную гласность, какъ, напр., объявленіе въ публичныхъ листкахъ — заслуживаетъ даже предпочтенія. Мои сосѣди видятъ, что я пашу, сѣю и собираю жатву, и заключаютъ изъ этого, что я собственникъ,—вотъ настоящая реальность собственности, реальность, которая, на практикѣ, въ громадномъ большинствѣ случаевъ совпадаетъ съ собственностью.—Между тѣмъ моей прогулки могутъ и не замѣтить, а если кто и замѣтитъ, то почему онъ будетъ знать, что̀ она означаетъ?

И отъ этого то пустаго акта, или, точнѣе, отъ того обстоятельства, будетъ-ли онъ доказанъ предъ судомъ, должна зависѣть судьба всего моего владѣнія? Подумайте только, къ чему можетъ привесть насъ въ этомъ случаѣ строгое слѣдованіе теоріи. Сегодня срокъ передачи, деньги уплачены, продавецъ заявилъ, что онъ согласенъ перевесть на меня владѣніе и собственность; не дальше какъ вчера я былъ на полѣ, но сегодня прогулка утомила бы меня, и я откладываю ее до болѣе удобнаго времени; продавецъ пользуется этимъ и умышленно отчуждаетъ землю другому, который, будучи опытнѣе меня, отправляется на поле тотчасъ же; и, стало быть, не я, а онъ пріобрѣлъ и владѣніе и собственность? Не значитъ-ли это придавать пустой и безжизненной формѣ то значеніе, которымъ она пользовалась когда-то, во времена древне-римской юриспруденціи, но которое мало по малу потеряла въ эпоху позднѣйшаго развитія римскаго права? И манципація съ виндикаціей происходили первоначально не иначе, какъ на той землѣ, къ которой онѣ относились; но новѣйшая практика пренебрегла подобнымъ требованіемъ [183]). Какое, однако, мы имѣемъ право обходить условіе, прямо выставленное римскими источниками? Оставимъ самое условіе въ сторонѣ и посмот-

183) См. мое соч. Geist des R. R., II, стр. 687—691.

римъ, не доведетъ-ли насъ до желанной цѣли вопросъ о доказыванiи. Въ вышеприведенномъ случаѣ покупщикъ предъявляетъ документъ, гдѣ продавецъ удостовѣряетъ, что въ такой-то день владѣнiе и собственность переданы имъ покупщику; долженъ-ли послѣднiй еще доказывать, что совершилъ прогулку? Римское право даетъ намъ достаточно данныхъ для рѣшенiя этого вопроса. Sciendum est generaliter, говоритъ Ульпiанъ въ l. 30 de V. O. (45.1) [184]), si quis se scripserit fidejussisse, videri omnia solenniter acta, а въ § 17 J. de inut. stip. (3.19) сказано: si scriptum fuerit in instrumento, promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum est. [185]). Юстинiанъ сдѣлалъ изъ этого общаго принципа примѣненiе [186]), которое тѣмъ болѣе интересно для нашего вопроса, что въ послѣднемъ рѣчь идетъ именно о требованiи присутствiя. Sed cum hoc (это требованiе), говоритъ онъ въ § 12 J. de inut. stip. (3.19), materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus allegationes opponentibus et non praesentes fuisse vel se vel adversarios suos contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die, quo conficiebatur, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse. Это—безспорно одно изъ самыхъ мудрыхъ постановленiй Юстинiана и словно нарочно создано для нашего случая. Присутствiе прiобрѣтателя при вещи ничуть не существеннѣе для традицiи, чѣмъ присутствiе кон-

---

[184]) См. также § 8 J. de fidej. (3.20) и l. 4 § 3 de fid. et nom. (27.7).

[185]) См. кромѣ того Paul. S. R. V. 7 § 2.

[186]) l. 14. Cod. (8.38) (см. выше, прим. 59). Этимъ закономъ въ значительной степени облегчено было, кромѣ того, еще и доказыванiе собственности на стипулирующаго раба. Тотъ же принципъ примѣнилъ Юстинiанъ и къ поручительству женщинъ, l. 23 Cod. ad. SC. Vell. (4.29): sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit sese aliquid accepisse et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur et a tribus testibus assignatum, omnimodo esse credendum, eam pecuniam vel res accepisse et non esse ei ad Senatus-consulti Vellejani auxilium regressum.

трагентовъ—при стипуляціи, а крючкотворство противника, который, кромѣ засвидѣтельствованной актомъ передачи вещи, требуетъ еще доказательствъ дѣйствительнаго присутствія—заслуживаетъ такъ же мало вниманія, какъ и тѣ уловки, съ которыми знакомитъ насъ Юстиніанъ. Удержанное Юстиніаномъ противодоказываніе не имѣло бы для традиціи большаго значенія.

Итакъ мы видимъ, что всюду, гдѣ послѣдовавшая традиція скрѣплялась письменнымъ актомъ—условіе присутствія при вещи, на практикѣ, обходили, безотносительно, разумѣется, къ тому, была-ли вещь движимая или недвижимая. Это то и подготовило почву для извѣстнаго l. 1 Cod. de donat. (8.54) Севера и Каракаллы, гдѣ они объявляютъ, что передача крѣпостныхъ актовъ на рабовъ (emtionum mancipiorum instrumenta) должна считаться вполнѣ достовѣрнымъ свидѣтельствомъ и вмѣстѣ съ тѣмъ суррогатомъ передачи самихъ рабовъ [186a]).

Не слѣдовало-ли законодателю сдѣлать еще одинъ шагъ и совсѣмъ отмѣнить условіе присутствія при вещи въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оно лишено всякаго серьезнаго значенія [186b])? Я, съ своей стороны, вовсе не счелъ бы этого предосудительнымъ. Этимъ я затрогиваю издавна спорный вопросъ о символической традиціи [187]), но не желая расширять и

186a) Въ такомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать и l. 12 § 43 de instr. leg. (33.7), гдѣ Папиніанъ задается вопросомъ, завѣщавались-ли легатомъ „всѣхъ находящихся въ домѣ вещей“ также и означенные крѣпостные акты, а тѣмъ самымъ и рабы. Рѣшая вопросъ въ принципѣ отрицательно, юристъ допускаетъ однако, что завѣщатель можетъ иной разъ имѣть въ виду и рабовъ, и тогда документъ долженъ считаться равнозначущимъ вещи; завѣщаніе документа равно завѣщанію вещи. См. кромѣ того l. 26 ibid., приведенный въ прим. 181 a: omne jus compleat instrumentis ante praemissis. L. 2 Cod. h. t. (7.32) показываетъ, насколько римляне привыкли при передачѣ недвижимыхъ вещей придавать рѣшающее значеніе письменному акту передачи: licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio ipsa tamen rei veritate id consecutus es.

186b) Французское право такъ и сдѣлало. См. объ этомъ у *K. S. Zachariae*, Handbuch des französ. Civilrechts, I § 180 прим. 3: „но было въ обычаѣ включать въ нотаріальные акты, которыми скрѣплялась передача собственности на недвижимыя вещи, clausulam quasi traditionis. Обычай этотъ вызвалъ новое ученіе, вовсе отвергающее необходимость традиціи“.

187) Новѣйшій, очень тщательный разборъ его см. у *Exner*'а, op. cit., стр. 152 сл.

безъ того значительный объемъ моего труда и не имѣя особенно побудительныхъ причинъ вдаваться въ подробный разборъ этого вопроса — я оставляю его въ сторонѣ. Не скрою однако, что въ символической традиціи я не только не усматриваю искаженія основной мысли владѣнія, а напротивъ, вижу въ ней прогрессъ послѣдней. На самомъ дѣлѣ, не все-ли равно, получу-ли я ключи отъ дома или погреба тутъ же, у дома или погреба, или—въ нѣкоторомъ отъ нихъ разстояніи? Неужели сила моего желанія имѣть вещь — если только все дѣло не въ физической передачѣ вещи, а въ юридической власти надъ нею — простирается всего на десять шаговъ? Можно, правда, подумать, что здѣсь все дѣло въ механической манипуляціи, обусловливаемой непосредственнымъ воздѣйствіемъ и, опираясь на выработанное гегелевской школой представленіе, что „личная воля влагается въ вещь"—спросить, какъ же воля можетъ продѣлывать подобную процедуру на разстояніи цѣлыхъ миль? Но все это представленіе грубо, оно—слѣдствіе того чисто поверхностнаго пониманія, которое, забывая объ идеальномъ моментѣ владѣнія, полагаетъ всю силу послѣдняго въ моментѣ физическомъ. Кто отрѣшится отъ подобнаго предразсудка, тотъ иначе взглянетъ на символическую традицію, какъ это и дѣлается теперь повсюду. Если охотникъ, не отправляясь въ лѣсъ, можетъ пріобрѣсти владѣніе на дичь, которая попала въ его капканы, если поземельный собственникъ, сидя дома, можетъ сдѣлаться владѣльцемъ навоза, который онъ велѣлъ привести на свое поле, — то почему бы не пріобрѣсти владѣнія купцу, купившему лавку, когда ему принесутъ ключи отъ нея на квартиру? Если это послѣднее противорѣчитъ основной мысли владѣнія, то почему не противорѣчитъ ей первое? А я съ своей точки зрѣнія ставлю всѣ эти случаи на одну линію, ни въ одномъ не нахожу ничего символическаго, и вижу въ нихъ только осуществленіе единственно, по моему, вѣрной идеи владѣнія.

Въ заключеніе, да будетъ мнѣ позволено разобрать еще одинъ юридическій случай, на которомъ опять таки самымъ поразительнымъ образомъ оправдывается вѣрность той точки зрѣнія, которую я установилъ выше. Я хочу говорить о самовольномъ захватѣ земель, принадлежащихъ лицамъ отсутствующимъ. Извѣстно, что захватъ создаетъ владѣніе

не тотчасъ, а лишь послѣ того какъ владѣлецъ, получивъ извѣстіе, не сдѣлаетъ попытки отстоять владѣніе. Почему такъ? Съ точки зрѣнія физическаго господства это—необъяснимо. Физическая сила, которой виновнику захвата слѣдуетъ бояться со стороны противника, по прошествіи мѣсяца не станетъ меньше; его собственная сила, съ которой онъ намѣренъ отразить противника—не станетъ за это время больше;—физически, отъ времени ничего не измѣнится. Но измѣнится, выростетъ за это время, окрѣпнетъ нравственный или идеальный моментъ владѣнія, признаніе новаго владѣльца, подкрѣпляемое недѣятельностью прежняго [187a]). Если единственное лицо, со стороны котораго виновникъ захвата могъ ждать сопротивленія, не оказываетъ ему таковаго, то онъ дѣлается фактически какъ бы управомоченнымъ. Слѣдовательно, какъ въ традиціи недвижимыхъ вещей, такъ и здѣсь не физическій актъ пріобрѣтенія владѣнія, а поведеніе прежняго владѣльца кладетъ на отношеніе лица къ вещи печать юридическаго владѣнія. Для движимыхъ вещей переходъ владѣнія къ вору и разбойнику связанъ съ однимъ только физическимъ присвоеніемъ, говоря словами Савиньи—„съ физическимъ господствомъ надъ вещью". Но именно потому, что владѣніе недвижимыми вещами покоится больше на правовомъ, чѣмъ на физическомъ моментѣ—и самое пріобрѣтеніе должно быть инымъ; чего недостаетъ ему въ физическомъ отношеніи, то должно быть пополнено правово составной егой частью.

[187a]) Cum nemo adversarius eum inquietaverit, sed omnibus tacentibus possessio confirmata est, какъ передается въ Базиликахъ (50, 2. 61 Heimb. V p. 54) законъ 10-й Cod. de poss. Поэтому-то лицо, купившее у фермера чужую землю, точно такъ же пріобрѣтаетъ владѣніе не тотчасъ, l. 5, Cod. h. t. (7.32); что́ значитъ „jus dominii", представляемое въ подобномъ случаѣ собственнику—мы видѣли выше.

XIII.

5. Теорія реальности собственности въ примѣненіи къ потерѣ владѣнія.

Если владѣніе есть реальность собственности, то мы должны объявить его утраченнымъ, какъ только вещь попадаетъ въ такое положеніе, которое не мирится съ тѣми обычными способами и формами, въ какихъ владѣлецъ привыкъ ею пользоваться. Будь онъ даже и не лишенъ возможности воспроизводить первоначальное состояніе, — для нашей теоріи этого мало, такъ какъ владѣлецъ, заинтересованный вещью, не станетъ довольствоваться этой пустой возможностью, не станетъ сидѣть сложа руки, а примется за дѣло и какъ можно скорѣе возстановитъ нарушенное отношеніе. „Omnia ut dominum fecisse" — вотъ точка зрѣнія, опредѣляющая границы дѣйствій владѣльца для сохраненія владѣнія. Что̀ ему дѣлать — это диктуетъ ему его же интересъ, а изъ того, что онъ это дѣлаетъ, всѣ и узнаютъ въ немъ лицо, заинтересованное вещью (ad quem ea res pertinet). Интересъ на дѣлѣ проявляется въ томъ способѣ, какъ пользуются вещью, какъ за нее вступаются, охраняютъ ее и защищаютъ, когда она попадетъ въ опасность;—этотъ способъ и есть отличительный признакъ истиннаго собственника. Кто пренебрежетъ интересомъ и тѣмъ самымъ какъ бы отступится отъ вещи, тотъ теряетъ владѣніе, потому что становится не дѣятельнымъ и неочевиднымъ въ качествѣ собственника, будучи и оставаясь, быть можетъ, имъ въ дѣйствительности. Владѣніе заключается въ реальности собственности; diligentia, свойственная собственнику есть необходимое условіе владѣнія.

Противоположность въ этомъ отношеніи между моей теоріей и теоріей Савиньи—очевидна. По Савиньи, владѣлецъ можетъ помѣстить цѣнныя вещи въ лѣсу или чистомъ полѣ и преспокойно оставить ихъ тамъ: пока у него есть возможность взять ихъ обратно, за нимъ сохраняется и владѣніе; мой

владѣлецъ, напротивъ, теряетъ послѣднее тотчасъ же, потому что аккуратный собственникъ никогда не броситъ такъ своихъ вещей. По Савиньи, владѣлецъ можетъ небрежно смотрѣть за своимъ имѣніемъ, запустить его, можетъ переселиться изъ этой мѣстности въ другую, не отдавши имѣнія въ аренду и не поручивъ никому надзора за нимъ — и онъ все таки сохраняетъ владѣніе... потому что лѣтъ 10 или 20 спустя ему придется, быть можетъ, вернуться; по моей теоріи, онъ теряетъ владѣніе. Словомъ, личное поведеніе владѣльца, его заботливость или безпечность, небрежность и равнодушіе въ теоріи Савиньи, которая строитъ владѣніе на идеѣ vis inertiae, ничего не значатъ, а у меня—пріобрѣтаютъ рѣшительную важность. Пусть рѣшатъ источники,—который взглядъ вѣрнѣе.

Rerum mobilium, говоритъ Папиніанъ въ l. 47 de poss. (41.2), n e g l e c t a a t q u e o m i s s a c u s t o d i a, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuevit idque Nerva filius libris de usucapionibus retulit. Итакъ, небрежность владѣльца относительно сохраненія вещей, учитъ насъ юристъ, влечетъ за собою утрату владѣнія. Савиньи (стр. 341) отрицаетъ это. По его мнѣнію, приведенное мѣсто выражаетъ „не юридическій принципъ, а только в е с ь м а о б ы к н о в е н н ы я (consuevit) послѣдствія omissae custodiae“. Неужели такой мужъ, какъ Папиніанъ, для того только и призвалъ на помощь Нерву, чтобы изречь его устами подобную пошлость: кто оставляетъ на улицѣ деньги и цѣнныя вещи, тотъ рискуетъ, что ихъ унесутъ, по крайней мѣрѣ это очень часто случается! Это было бы ничуть не лучше того, какъ если бы Одиссей затѣмъ только и сходилъ въ адъ, чтобы узнать отъ Терезія, что всѣ люди смертны! Однако, что же значитъ „consuevit“? По моему, это — ссылка на то „consuevit“, которое въ правѣ имѣетъ рѣшающее значеніе, т. е. на юридическую практику [187b]); многіе уже, хочетъ сказать Папиніанъ, лишались владѣнія за то, что не старательно его оберегали. Къ счастью, у насъ сохранилось еще другое указаніе на взглядъ Нервы: оно не оставляетъ никакихъ сомнѣній на счетъ истиннаго его воззрѣнія; это—слова Павла въ l. 3 § 13 ibid.:

[187b]) Сходный образъ выраженія см. въ l. un. Cod. de solut. (11.39)... ea tantum defensio c o n s u e v i t admitti.

Nerva filius, res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est [188]) quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possinus.

Связывая продолженіе владѣнія для движимыхъ вещей, кромѣ рабовъ, съ custodia, Нерва тѣмъ самымъ какъ бы высказываетъ прежнее правило, что небрежность въ custodia влечетъ за собою утрату владѣнія.

Но не только по поводу движимыхъ вещей мы сталкиваемся съ „небрежностью“ (negligere) владѣльца; въ l. 40 § 1 h. t. (neglexerit) и l. 37 § 1 de usurp. (41.3, negligentia) объ ней упоминается въ связи съ вопросомъ о продолженіи владѣнія равнымъ образомъ и по поводу вещей недвижимыхъ.

Небрежность, какъ препятствіе къ сохраненію владѣнія, принимаетъ по нашимъ источникамъ двоякій видъ; они различаютъ два случая небрежности: въ одномъ, только длящаяся постоянная невнимательность влечетъ за собою потерю владѣнія, въ другомъ—тѣми же послѣдствіями сопровождается даже моментальная небрежность. Бываютъ такія критическія положенія, когда собственникъ, если онъ только хочетъ уберечь вещь или владѣніе, долженъ принять надлежащія мѣры тотчасъ-же; упусти онъ минуту,—его владѣніе пропало. Въ другихъ случаяхъ, напротивъ, положеніе вещи, о которомъ собственнику предстоитъ позаботиться—не грозитъ столь немедленной опасностью, нѣкоторая проволочка не представляетъ риска и только продолжительное запущеніе дѣлъ, чего отъ собственника ожидать нельзя, способно навлечь на него упрекъ въ небрежности, а затѣмъ и убытки, соединенные съ потерей владѣнія. Первые случаи можно назвать случаями острой, вторые—случаями хронической потери владѣнія.

Собственникъ потерялъ вещь: у него бѣжалъ скотъ. Что онъ станетъ дѣлать?—Станетъ тотчасъ же искать; найдетъ—значитъ никогда не терялъ владѣнія, не найдетъ—потерялъ. Но что было бы, если бы онъ совсѣмъ бросилъ поиски, потому-ли что слишкомъ безпеченъ, или потому что захотѣлъ отложить ихъ на болѣе удобное время? Въ l. 3 § 13 h. t., который трактуетъ о подобныхъ двухъ случаяхъ: о

[188]) Вмѣсто такого чтенія, подкрѣпляемаго авторитетомъ флорентинскаго текста, Савиньи предпочелъ варіантъ нѣкоторыхъ рукописей: idem; Рудорфъ же—напротивъ, op. cit. стр. 675.

потери вещи и пропажѣ скота,—не упоминается о поведеніи собственника вовсе. Какъ же быть? Продолжается владѣніе въ виду возможности возврата первоначальныхъ отношеній, или нѣтъ? На мой взглядъ—нѣтъ. Кромѣ приведеннаго выше l. 47 cit, который относительно движимыхъ вещей „omissam atque neglectam custodiam" признаетъ достаточнымъ основаніемъ для потери владѣнія,—я могу подтвердить это аналогіей потери владѣльческихъ правъ на вещи недвижимыя. До собственника дошло извѣстіе, что во время его отсутствія кто-то завладѣлъ его домомъ; что̀ ему дѣлать? — Немедленно принять необходимыя мѣры, чтобъ выпроводить непрошеннаго гостя. А если онъ по трусости или лѣности этого не сдѣлаетъ?—Онъ потеряетъ владѣніе [189]). Почему? потому что не заступился за свое право, не поднялъ голоса при такихъ обстоятельствахъ, гдѣ каждый изъ окружающихъ привыкъ слышать голосъ того, кто „интересуется вещью", словомъ — въ критическую минуту не высказалъ себя собственникомъ. Рѣшительно все равно, по моему, поставлена-ли вещь въ критическое положеніе (заставляющее заботливаго собственника немедленно прибѣгнуть къ противомѣрамъ)—третьимъ лицомъ, сама-ли собою (пропажа скота), силами-ли природы (водою смыло бревно, угнало лодку), или не обдуманностью и безпечностью самого владѣльца. Поэтому безразлично, напр., забылъ-ли охотникъ въ лѣсу свою охотничью сумку или умышленно ее оставилъ тамъ,—положеніе, въ какомъ ее находитъ третье лицо, не похоже на то, въ которомъ собственникъ обычно пользуется своею вещью; оно напротивъ показываетъ, что нормальное отношеніе собственника къ вещи нарушено, иными словами—у сумки нѣтъ владѣльца.

Теперь сдѣлаемъ обзоръ случаевъ втораго рода. Наши источники даютъ намъ слѣдующія рѣшенія:

1. l. 40 § 1 h. t. юриста Африкана:

> Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et continuaretur; quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit.

---

[189]) l. 3 § 8, l. 7, l. 25 § 2 h. t.

Положеніе, высказанное юристомъ въ этихъ строкахъ, не мирится съ теоріей Савиньи. Въ самомъ дѣлѣ, если владѣніе собственника не прекращается вслѣдъ за смертью фермера, то пока не произойдетъ какой-либо перемѣны въ установившемся порядкѣ вещей—оно должно, по этой теоріи продолжаться непрерывно, ибо у собственника по прежнему сохраняется полная возможность воспроизводить первоначальное состояніе. Но этой пустой возможности, позволяющей владѣльцу сидѣть сложа руки, по взгляду юриста—недостаточно для сохраненія за нимъ владѣльческихъ правъ; юристъ требуетъ бóльшаго, —требуетъ, чтобы владѣлецъ самъ сдѣлалъ что-нибудь для укрѣпленія за собой послѣднихъ [190]), чтобы рѣшилъ, какъ ему быть съ имѣніемъ [191]), посадить-ли туда новаго фермера или самому заняться хозяйствомъ. Все это время владѣніе его еще продолжается (non statim interpellari), но промедли онъ дольше, чего аккуратный человѣкъ на его мѣстѣ не сдѣлаетъ, —его владѣніе потеряно. Почему?—Да потому, что онъ не проявилъ себя какъ собственникъ тамъ, гдѣ можно было этого ожидать отъ него.

Подобное же отношеніе возникало и тогда, когда фермеръ не умираетъ, а просто бросаетъ инѣніе. Относительно этого послѣдняго случая Африканъ полагалъ, что владѣніе собственника слѣдуетъ считать немедленно прекратившимся [192]), тогда какъ другіе два юриста: Помпоній въ l. 25 § 1 и Павелъ въ l. 3 § 8 h. t. высказались за продолженіе его. Разумѣли-ли они подъ этимъ неограниченное продолженіе, т. е. продолженіе даже въ томъ случаѣ, когда хозяинъ, извѣщенный о ходѣ дѣла, выкажетъ долгое бездѣйствіе? Нисколько не колеблясь, я отвѣчаю на вопросъ

---

[190]) Опредѣляя мѣры, необходимыя для сохраненія владѣнія словами: „possessionem apisci“, юристъ, очевидно, разумѣетъ подъ ними пріобрѣтеніе вновь того corporalis possessio, которымъ до этого пользовался фермеръ.

[191]) Потому что наслѣдникъ фермера — не фермеръ eo ipso, l. 60 § 1 loc. (19.2): Heredem coloni, quamvis colonus non est, nihilominus domino possidere existimo; возможно также, что наслѣдника нѣтъ вовсе, или онъ до поры до времени неизвѣстенъ.

[192]) „Aliud existimandum“; такъ сказано во флорентинской рукописи и въ большей части печатныхъ изданій. Савиньи (стр. 369) отдаетъ предпочтеніе „idem existimandum“, которое встрѣчается въ немногихъ манускриптахъ. Рудорффъ—напротивъ, см. op. cit. стр. 686.

отрицательно, но только попрошу читателя подождать нѣсколько съ произнесеніемъ окончательнаго приговора.

2) l. 37 § 1 de usurp. (41.3) юриста Гая:

> Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore abfuerit.

Савиньи (стр. 360) стремится согласить это мѣсто со своей теоріей, предполагая, что владѣлецъ хочетъ отказаться отъ владѣнія. Однако противъ такого предположенія владѣлецъ можетъ сослаться на самого же Савиньи, который дозволяетъ ему (тамъ же, выписка) оставить вещь „по небрежности или по причинѣ своего отсутствія—безъ надзора и держанія", и если со стороны владѣльца не послѣдовало ничего такого, что положительнымъ образомъ указывало бы на его желаніе отказаться отъ владѣнія, то я не пойму никакъ, на чемъ же основывается Савиньи, предполагая, что въ данномъ случаѣ „вещь въ дѣйствительности оставалась безъ владѣльца" (слова приведенной выписки). Само уже это различіе, по моему, не больше какъ діалектическій фокусъ,— кто попробуетъ примѣнить это явно-противорѣчивое дѣленіе къ какому-нибудь конкретному случаю, тотъ убѣдится, что оно ровно ни на чемъ не основано, и между выраженіями: „вещь оставалась по небрежности или за отсутствіемъ владѣльца безъ надзора и держанія" (тѣмъ не менѣе однако во владѣніи) и „вещь въ дѣйствительности (sic) оставалась безъ владѣльца" — нѣтъ рѣшительно никакой разницы и выборъ между ними вполнѣ зависитъ отъ личнаго вкуса.

Юристъ въ упомянутой ссылкѣ различаетъ два случая, когда вещь становится ничьей (possessio vacat): первый случай—по винѣ владѣльца (negligentia domini), второй—безъ его вины (смерть и продолжительное отсутствіе). Указывая на „negligentia domini", какъ на причину потери владѣльческихъ правъ, онъ тѣмъ самымъ признаетъ относительно недвижимыхъ вещей то положеніе, которое доказываю я, и дѣлаетъ это съ такой же точностью и ясностью, какъ это сдѣлано относительно движимыхъ въ l. 47 cit. Если онъ считаетъ владѣніе потеряннымъ и въ томъ случаѣ, когда недосмотръ произошелъ не по винѣ владѣльца, то это ничуть не странно и вовсе не противорѣчитъ моей теоріи.

Понятно, я не утверждаю, что владѣніе теряется исключительно отъ небрежности,—говорю только, что оно теряется между прочимъ и отъ нея. Когда земля долго пустуетъ, то это—явленіе, настолько же уклоняющееся отъ нормальной формы собственности на недвижимыя вещи, какъ и то, когда цѣнности валяются въ полѣ; это—признакъ, что нормальное собственническое отношеніе нарушено, а чѣмъ вызвано нарушеніе—силами-ли природы или дѣйствіями человѣка—это безразлично.

Въ одномъ только случаѣ позднѣйшее императорское законодательство ограничило указанное положеніе, именно, если мотивъ, почему владѣлецъ на долго бросилъ обработку поля, заключался въ основательномъ страхѣ (metus necessitate). Тогда, по l. 4 Cod. de acq. poss. (7.32) императора Діоклетіана (a. 290) слѣдовало: „ex transmissi temporis injuria ei praejudicium non generari". Нѣтъ надобности объяснять, что это мѣсто косвенно потверждаетъ нашу теорію тѣмъ, что исключаетъ „praejudicium" т.-е. потерю владѣнія, которая должна бы собственно наступить вслѣдствіе необработки,—но только на случай „metus necessitas" [193]).

Собственникъ долженъ воздѣлывать свою землю. Еще въ древнія времена этого требовалъ цензоръ [194]). Позднѣйшее императорское законодательство усилило требованіе: оно позволило, въ случаѣ нерадѣнія со стороны хозяина, первому встрѣчному взять землю, заняться ея обработкой и по истеченіи 2-хъ лѣтняго срока считать ее своею собственностью [195]). Такое же позволеніе дано было Веспасіаномъ относительно незанятыхъ мѣстъ, годныхъ для по-

---

[193]) Слова мѣста: si non derelinquendi animo non coluisti", какъ видно изъ предъидущаго, вовсе не составляютъ полнаго противоположенія; очень возможно, что они требовались формой прошенія.

[194]) *Gellius*, IV, 12. Si quis agrum suum passus fuerat sordescere eumque indiligenter curabat ac neque araverat neque purgaverat sive quis arborem suam vineamque habuerat derelictui, non id sine poena fuit, sed erat opus censorium.

[195]) l. 8 Cod. de agro deserto (11.58). Еще Пертинаксъ разрѣшалъ подобный захватъ, Guyet, Archiv f. civ. Pr. XVII, стр. 59. L. 10 и 14 Cod. ibid. обостряютъ и сокращаютъ эти мѣры. Точно также по древне-нѣмецкому праву: разъ поле, запущенное хозяиномъ, поросло кустарникомъ, — оно становится достояніемъ марки или общины, *Grimm*, Rechtsalterth., стр. 92.

строекъ [196]). Вслѣдъ за immissio, вызванной отказомъ уплатить Cautio damni infecti, владѣніе, какъ извѣстно, теряется не тотчасъ, но если первое средство останется безъ успѣха, то наступаетъ по secundum decretum передача владѣнія и собственности. Эту то мѣру и оправдываетъ Ульпіанъ въ приведенномъ мѣстѣ, разсуждая, что по прошествіи нѣкотораго времени можно предположить,

> quod pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse.

Конечно, юристъ не могъ думать, что тутъ была настоящая derelictio—онъ хотѣлъ только оправдать кажущуюся строгость мѣры, поставляя на видъ, что собственникъ черезъ свое полное равнодушіе самъ какъ бы отказывается отъ вещи. Ту же идею проводилъ и я, и только желаніе провозгласить ее устами римскаго юриста побудило меня привести здѣсь между прочимъ и это мѣсто:

3) l. 13 pr. h. t. юриста Ульпіана:

> Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti: an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto.

По объясненію Савиньи (стр. 340). Ульпіанъ на томъ будто бы основаніи отрицаетъ здѣсь продолженіе владѣнія, что нѣтъ возможности добыть камни, когда угодно. Но въ такомъ случаѣ владѣніе терялось бы тотчасъ, и слова: „post tempus“ не имѣли бы никакого смысла, какъ они для Савиньи его и на самомъ дѣлѣ не имѣютъ. Между тѣмъ „post tempus“ имѣютъ свой слыслъ и смыслъ опредѣленный: они отвѣчаютъ словамъ: „non statim interpellari possessionem, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit“ l. 40 § 1 cit. Собственникъ камней потерялъ много времени на то, чтобы рѣшиться ихъ достать, а такое продолжительное бездѣйствіе не гармонируетъ съ обычнымъ поведеніемъ заботливаго собственника, съ „omnia ut dominum fecisse“; онъ надолго оставилъ свои вещи въ такомъ положеніи, которое расходится съ нормальной формой собственности. Варіантъ „post tempus“ представляетъ слово „diu“ слѣдующаго мѣста:

---

196) *Suet.* Vesp. c. 8 vacuas areas occupare et aedificare, si possessores cessarent.

4) L. 3 § 10 h. t. юриста Павла: [197])

Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit Spartacus, et judicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparat sed hoc ita verum est, si diu in lebertate moratur.

Къ чему со стороны Павла такая оговорка? Отвѣтъ на это такъ и останется за Савиньи. Владѣніе рабомъ либо сразу было потеряно, либо сохранилось; въ послѣднемъ случаѣ, если никакихъ перемѣнъ не будетъ—оно должно, по Савиньи, продолжаться безъ конца, ибо его теорія гласитъ, что время, какъ таковое, никакого вліянія на владѣніе не имѣетъ. По моему, напротивъ—оно имѣетъ вліяніе, оно должно его имѣть и роль времени я считаю однимъ изъ главныхъ доводовъ въ пользу справедливости моей теоріи. Кто, несмотря на это, все еще захочетъ удержать для пріобрѣтенія владѣнія формулу Савиньи, отъ того я жду отвѣтовъ на слѣдующіе два пункта: во первыхъ, какъ согласить съ теоріей Савиньи вышеуказанныя мѣста, по которымъ владѣніе въ случаѣ упорной небрежности (non statim, post tempus, longo silentio, diu), помимо всякой перемѣны въ corpus или animus — утрачивается, и во вторыхъ, какимъ образомъ владѣніе, реальнѣйшее изъ правоотношеній, можетъ стоять внѣ того условія реальности, которое обще всѣмъ имущественно-правовымъ отношеніямъ? Въ древнемъ римскомъ правѣ, въ годъ, въ два года (смотря по обстоятельствамъ) терялась собственность въ силу давности, терялись сервитуты вслѣдствіе non usus, годичный срокъ былъ положенъ для преторскихъ штрафныхъ исковъ, словомъ, по римскимъ понятіямъ быстро исчезало право, лишенное реальнаго осуществленія, и вдругъ владѣніе, больше всякаго другаго права основанное на реальности, не должно страдать отъ недостатка этого элемента и безъ него можетъ продолжаться для какого-нибудь Маѳусаила сотню и болѣе лѣтъ!

Но мнѣ возразятъ: lex ita scripta est! Дѣйствительно, въ извѣстномъ l. 153 de R. J. (50.17) сказано ясно, что владѣніе продолжается до тѣхъ поръ, пока animus и corpus не измѣнятся въ противоположное состояніе (in contrarium actum).

---

[197]) Есть въ Пандектахъ еще отрывокъ, гдѣ Павелъ касается того же вопроса, но не употребляетъ слова „diu“: l. 15 § 1 de usurp. (41.3).

Но вѣдь люди свѣдущіе въ правѣ знаютъ, какъ рискованно строить теорію не на конкретныхъ рѣшеніяхъ источниковъ, а на обобщеніи римскаго юриста; и вышеприведенное правило Павла, на мой взглядъ, можетъ именно служить новой иллюстраціей къ словамъ l. 202 de R. I. (50.17): „omnis definitio in jure periculosa est, parum est enim ut non subverti possit". Оно ни коимъ образомъ не вяжется съ конкретными рѣшеніями римскихъ юристовъ, по крайней мѣрѣ—если понимать „in contrarium actum" въ прямомъ смыслѣ, какъ это дѣлаетъ Савиньи и господствующая школа. Умалчивая о всѣхъ другихъ приведенныхъ примѣрахъ, я ограничусь вопросомъ: какъ примирить это правило съ потерей владѣнія вслѣдствіе смерти? Во внѣшнемъ состояніи смерть не измѣняетъ ничего; исчезаетъ только animus, но вѣдь исчезновеніе animus не есть animus in contrarium actus; „желаніе владѣть" не переходитъ здѣсь, какъ этого требуетъ Савиньи,—въ „желаніе не владѣть." И когда возникаетъ подобнаго рода противорѣчіе между теоретическими обобщеніями, „regula juris", римскихъ юристовъ и практическими рѣшеніями нашихъ источниковъ — мы просто-на-просто слѣдуемъ указанію, которое самъ Павелъ даетъ намъ въ l. 1 de R. J. (50.17): Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat;—придерживаемся конкретнаго матерьяла источниковъ и стараемся изъ него уже вывести самыя regula juris. Примѣръ въ этомъ отношеніи подалъ намъ самъ же Савиньи. [198])

Наконецъ, я хочу отвѣтить еще на одно возраженіе, къ которому должна приготовиться моя теорія. Какъ на условіе продолженія владѣнія, она указываетъ на заботливость исправнаго собственника (стр. 168) и, вѣроятно, меня упрекнутъ въ неточности этого критерія [198a]). Я отвѣчу на по-

---

[198]) Я отсылаю читателя, напр., хоть бы къ его Системѣ, III, стр. 346, гдѣ онъ разсматриваетъ принципъ, выведенный въ l. 7, 8 de jur. et. fact. ignor. (22.6). „Разсуждая такъ, мы,—говоритъ онъ,—не становимся въ противорѣчіе съ нашими источниками, а только придерживаемся ихъ вѣрныхъ казуальныхъ рѣшеній и смотримъ на приведенныя мѣста, какъ на неудачную попытку вывести общее правило". Напиши Савиньи свой трактатъ о владѣніи не 23-хъ лѣтъ, а въ возрастѣ болѣе зрѣломъ, онъ сказалъ бы, быть можетъ, то же и о правилѣ Павла.

[198a]) Какъ мало, впрочемъ, подобный упрекъ умѣстенъ со стороны защитника теоріи Савиньи, — я это показалъ, надѣюсь, на критикѣ послѣдней. Мнимая точность формулы Савиньи для пріобрѣтенія и потери владѣнія при

добный упрекъ простымъ указаніемъ на ученіе о diligentia въ обязательственнномъ правѣ. Оба масштаба, которыми пользуются тутъ Римляне: заботливость способнаго дѣловаго человѣка и обыкновенной личности—ни чуть не опредѣленнѣе моего, и я увѣренъ, что на дѣлѣ послѣдній вызоветъ гораздо меньше сомнѣній, чѣмъ первые два; больше даже: горожанамъ и крестьянамъ, повторяю я высказанное уже убѣжденіе (стр. 151), моя теорія даетъ гораздо больше шансовъ отвѣтить на вопросъ, есть-ли въ данномъ случаѣ владѣніе или нѣтъ, чѣмъ теорія Савиньи—корифеямъ юриспруденціи. Во всякомъ случаѣ судья, которому по поводу обязательственныхъ отношеній и узуфрукта такъ часто приходится рѣшать, что сдѣлалъ бы „diligens pater familias" или „bonus vir" — не затруднится опредѣлить въ дѣлѣ о владѣніи, какъ поступилъ бы обыкновенный собственникъ; относительно владѣнія, моя теорія не требуетъ отъ него ничего такого, къ чему безспорно не обязывало бы его римское право. Такъ что упрекъ въ неточности, брошенный моей теоріи, попадаетъ не въ нее, а въ римское право и съ двойною силой отражается на виновникѣ своего происхожденія, потому что только невѣжда въ правѣ и жизни можетъ упрекать право въ томъ, что оно указываетъ судьѣ на дѣйствительную жизнь, а не даетъ ему въ руки доктринерской волшебной формулы, въ магическую силу которой вѣритъ только тотъ, кто рѣдко или никогда не испытывалъ ея на дѣлѣ.

Итоги всего моего труда выразятся въ слѣдующихъ положеніяхъ:

Владѣніе вещами своимъ возведеніемъ на степень юридическаго отношенія обязано не самому себѣ, а собственности. Съ цѣлью доставить собственнику противъ извѣстнаго рода нападеній болѣе легкія средства защиты, чѣмъ какія даетъ reivindicatio, доказываніе юридическаго бытія собственности было замѣнено доказываніемъ фактическаго ея бытія. Замѣна эта, выпадая обыкновенно на долю настоящихъ собственни-

---

малѣйшей попыткѣ примѣнить ее на дѣлѣ — обращается въ ничто. Но я не хочу возвращаться къ этому вопросу, такъ какъ дѣло не въ томъ, чья формула точнѣе, Савиньи или моя — хотя моей, я полагаю, нечего бояться сравненія—а въ томъ, которая изъ нихъ вѣрна, т. е. согласна съ рѣшеніями нашихъ источниковъ.

ковъ, въ исключительныхъ случаяхъ дѣлаетъ причастными правовой защитѣ и несобственниковъ. Послѣднее составляетъ не цѣль владѣльческаго института, а его неизбѣжное слѣдствiе.

Идея владѣльческой защиты, взятая во всей ея правдивости и общности, взываетъ о защитѣ владѣнія отъ всякаго нарушенія, совершеннаго противъ воли владѣльца. Въ древнемъ римскомъ правѣ, которое ограничивало защиту только извѣстнаго рода нарушеніями, требованіе это не было еще выполнено, но осуществленіе его довершено было новѣйшимъ римскимъ правомъ.

Въ связи владѣнія съ собственностью лежитъ ключъ къ пониманію всего матеріальнаго строя владѣльческой теоріи: какъ отвлеченныхъ границъ института,— онъ идетъ совершенно параллельно собственности,— такъ равно и условій конкретнаго владѣнія, — они совпадаютъ съ условіями внѣшняго отношенія собственника къ вещи.

Владѣніе вещами есть реальность или видимость собственности; въ одномъ этомъ опредѣленіи владѣнія—вся его теорія.



